الأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ

تأليف

الإمام تاج الدين عبد الوهاب بن علي

ابن عبد الكافي السُّبكي

المتوفى سنة ٧٧١هـ

تحقيق

الشيخ عادل أحمد عبد الموجود — الشيخ علي محمد معوض

الجزء الأول

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى
١٤١١هـ - ١٩٩١م

يطلب من : دار الكتب العلمية بيروت - لبنان
ص.ب : ١١/٩٤٢٤ تلكس : Nasher 41245 Le
هاتف : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٨١٥٥٧٣

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة المصنف

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

الحمد لله الذي جل عن الأشباه والنظائر ودل على طرق الهدى بالأقوال الصحيحة والوجوه والنظائر وحل لنا بالنظر في آثار سلفنا عند المشكلات وفي الذاهبين الأولين من القرون لنا بصائر.

أحمده على نعم لو رام اللسان حصرها لوقع في حصر وَعَيّ.

وأستغفره لذنوب ما عداني عددها في الخائفين إلا وحشرني في زمرة الراجين رحمته التي وسعت كل شيء، وأستهديه بهداه الذي لا يضل من أنعم به عليه ولا يستهديه شيطانه وأشهد أن سيدنا محمداً المصطفى خير نبي أرسله وأفضل مخلوق منحه الفضل مجمله ومفصله، وأنقذنا به من الهلكة والبأس وجعلنا به من خير أمة أخرجت للناس صلى الله عليه وعلى آله وصحبه ما ترددت الأنفاس.

أما بعد:

فإن العلوم وإن كانت تتعاظم شرفاً وتطلع في سمائه من كوكبها شرفاً وينفق العالم من خزائنها، وكلما زاد ازداد رشداً وعدم سرفاً، فلا مرية في أن الفقه واسطة عقدها ورابطة حلها وعقدها وخالصة الرابح من نقدها به يعرف الحلال والحرام ويدين الخواص والعوام ويتبين مصابيح الهدى من ظلام الضلال وضلال الظلام، قطب الشريعة وأساسها وقلب الحقيقة الذي إذا صلح صلحت ورأسها وأهله سراة الأرض [الذين][1] لولاهم لفسدت بسيادة جهالها وضلت أناسها.

---

(١) في ب الذي.

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا

آية: ولولاهم لاتخذ الناس رؤوساً جهالاً فافتوا بغير علم، فضلوا وأضلوا وخبطوا خبط عشواء فما حرموا ولا حللوا بل حلوا عرى الإيمان حيث حلوا، وشكت الأرض منهم وقع أقدام قوم استزلهم الشيطان فزلوا. فلله الفقهاء نجوم السماء، تشير إليهم بالأكف الأصابع، وشم الأنوف يخضع لديهم كل شامخ الأنف رافع، ونظام الوجود ويضوع بهم مسكاً ظهر الأرض فما يظن نعمان، إن مشت به زينب في نسوة حاسرة البراقع وحلقوا على نور الإسلام كسوار المعصم قائلين لأهله ـ والحق سامع.

أخذنا بآفاق السماء [عليكم][1] لنا قمراها والنجوم الطوالع

آية: وزينة الأرض التي بمواطىء أقدامهم تقبل الشفاه حلالها وبإحاطة أحكامهم وإحكامهم يذكر حرامها وحلالها وترشف من زلالها ماء حلالها، فلا مزنة ودقت ودقها، ولا أرض [أبقل أبقالها][2]:

ولقد ساروا في مسالك الفقه غوراً ونجداً، وداروا عليه هائمين به وجداً وصاروا حامليه ومؤديه حتى إلى غير فقيه فعم نفعاً وأفاد وأجدى.

فسار به من لا يسير مشمراً أو غنى به من لا يغني مغردا

وتفرقت بهم في جملة الأنحاء وتشعبت الطرق وتعددت الأهواء وتباينت الأخلاق والقدر المشترك بينهم سواء فمنهم ـ وكلهم أحب حب الخير ـ من سار على منهاجه أحسن سير وجرى في مواقفه على منواله غير متعرض إلى غير، ومنهم من جعل دأبه رد الخصوم وخصم المخالفين فلا يفوته الطائف منهم في الأرض يحور ولو أنه الطائر في السماء يحوم، وإقامة الحجج والبراهين [فمنها][3] معالم للهدى، ومصابيح تجلو الدجى والأخريات رجوم.

ومنهم من قال: الكيس، الكيس، وأحب أن بطرف علومه بطرق المسائل ويوقظ من الأذهان ما هو في سنة الغفلة وما ليس.

---

(١) سقط في ب.

(٢) وفي ب ابقل ابقالها.

(٣) وفي ب منهما.

وإذا تكون كريهة يدعى لها وإذا يحاس الحيس

فعمد إلى مسائل[1] ركبها، ومطارحات[2] اطلع في سماء الفقه كوكبها، ومولدات افتض أبكارها، وأجرى في عسكر الجدال موكبها وسيد هذه الطائفة من أصحابنا أبو بكر بن الحداد[3] صاحب الفروع الغرائب وصاحب ذيل الفضل على أهل المشارق والمغارب، والضارب مع الأقدمين بسهم والناس تضرب في حديد بارد، وابن الحداد يضرب في ذهب ذائب الفاعل الفعل لم يفعل لشدته، والقائل القول لم يترك ولم يقل، تقدم هذه الفرقة تقدم النص على القياس وسبق وهي تناديه: ما في وقوفك ساعة من باس وتصدر ولو عورض لقال لسان الحال للحق: مروا أبا بكر فليصل بالناس.

وعمد منحطون عن هذه الرتبة إلى مسائل ألغاز، وطرحوا حقائقها على الطلبة ليختبروا ما عندهم من العلم، فلكل ذهن عليها نجاز وامتحنوهم بها. فمن حج أبان صفا قلبه ليستلم ركنه بأنه ليس بحجر أسود بل صبح أبيض لا حجاب، دونه ولا حجاز.

وقال آخرون: المهم المقدم وخير ما سلك [**الطريق**][4] الأقوم.

والذي أقول ـ والله أعلم ـ إن من أهم ما عنى به الفقيه وجعله المدرس دأبه الذي يعيده ويبديه وشوقه الذي يلقنه ويلقيه القيام بالقواعد وتبيين مسالك الأنظار ومدارك المعاقد.

---

(١) جمع مسأله والمسأله لغة السؤال، الصحاح ٥ / ١٧٢٣، لسان العرب ٣ / ١٩٠٦، واصطلاحاً مطلوب خبري يبرهن عليه في العلم (الجمل على المنهج ١ / ٢٦، قليوبي على المنهاج ١ / ١٦).

(٢) قال أبو عبد الله بن القطان في أول المطارحات التحاسد على العلم داعية التعلم ومطارحة الأقران في المسائل ذريعة إلى الدراية والتناظر فيها ينفح الخواطر والافهام والخجل الذي يحل بالمرء من غلطه تبعثه على الاعتناء بشأن العلم ليعلم ويتصفح الكتب فيتسبب بذلك إلى بسط المعاني ويحفظ الكتب المنثور ٣ / ٣٩٨.

(٣) هو أبو محمد بن أحمد بن محمد بن جعفر الكناني المصري المعروف بابن الحداد كان إماما مدققاً في العلوم. شيخ الشافعية في زمانه ولد يوم موت المزني في رمضان سنة أربع وستين وكان كثير العبادة يصوم يوماً ويفطر يوماً قال ابن زولاق: إنه صنف كتاب الباهر في الفقه في مائة جزء وكتاب الفروع المولدات قال الشيخ أبو إسحاق مات سنة خمس وأربعين وثلاثمائة.

وفيات الأعيان ٣ / ٨٣٣٦، تذكرة الحفاظ ٣ / ٨٩٩، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١ / ١٣٠ وطبقات الشافعية لابن هداية الله ص ٧١.

(٤) في ب السبيل.

وكيف ائتلاف النظائر، واختلاف المآخذ. واجتماع الشوارد. وذلك أمر شديد، لا ينال بالهوينا والهدوء. ولا يدرك شأوه إلا من تصدى بأعماله قلب وقالب. لا يزال ذات نمو. ولا يحوم على حماه إلا من بين ذاته والسواد(١) مانعة الجمع وبين أفكاره والسهاد مانعة الخلو إن لمحت له بارقة اختطفها، وإن لاحت له نادرة بادر إلى ثمرتها واقتطفها وإن قدمت عليه غريبة ردها إلى وطنها بعدما اقتطفها، يعمل أفكاره، ويدأب ليله ونهاره ويستسقي كل جعفر ولو نضب ماؤه وتنحت عنه أطياره، ويرعا، ولو وقف ذهنه الأنجم السيارة ولا يحجم ذهنه إذا ازدحمت المعضلات بل تقدم قائلاً: «أنا ابن داره» يمر به المعضل فيقتحم في حله أهوالاً ولا يقول أهابك إجلالاً، بل يستحل مريره وينشد من يعيبه.

ومن يك ذا فم مر مريض يجد مراً به الماء الزلالا

فإذا أحكمه وجعله تحت حكمه شد حيازم عزمه وأنفق من خزائن علمه. ولم يخشى من ذي العرش إقلالاً، هكذا هكذا وإلا فلالها ولقد ألف سلطان العلماء - أبو محمد - عز الدين بن عبد السلام[٢] - قواعده. بل رصف فرائده ووضع قلائده وجمع فوائده ونوع موائده وقال فلم يترك مقالاً لقائل وتسامى ولم يسمع أين الثريا من يد المتناول وتعالى كأنما هو للنيرين متطاول، وتصاعد درج السيادة حتى فاق الآفاق، وتباعد عن درجات معاصريه فساق أتباعه أمماً وشاق ومضى وخلف ذكراً باقياً ما سطر الأوراق في الأوراق وأقبل كأنه تسعى بين يديه الأنوار، وترفل في أثوابه أزهارها ونوار، وجاء بيانه البديع بالمعاني البسيطة في اللفظ الوجيز الذي يحلو عليه التكرار وشاع اسمه كأنه علم في رأسه نار. وجاء هذا الكتاب على وفق مطلوبه، كاملاً في أسلوبه شاملاً

---

(١) في ب الوساد.

(٢) عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن الشيخ الإمام العلامة وحيد عصره سلطان العلاء عز الدين أبو محمد السلمي الدمشقي ثم المصري ولد سنة سبع أو ثمان وسبعين وخمسمائة وتفقه على الشيخ فخر الدين بن عساكر وقرأ الأصول على الآمدي وجمع بين فنون العلم.
قال ابن قاضي شهبة عن كتاب القواعد الكبرى وهو الكتاب الدال على علو مقداره وله تصانيف عديدة انظر ترجمته في:
فوات الوفيات ١ / ٢٨٧، طبقات الشافعية لابن السبكي ٥ / ٨٠، البداية والنهاية ١٣ / ٢٣٥، شذرات الذهب ٥ / ٣٠١، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢ / ١٠٩.

للفضل بعيده وقريبه شفاء لما في الصدور ووفاء لما للعلم في ذمة بني الدهور وصفاً يروق به موارد السرور، واكتفى بما تعلق به الرجاء من عظائم الأمور، أولاً لا يحتاج إلى ثان ومكملاً ليس عنه ثان، وموئلاً للطلبة ليس عليه إلا مثن - وقضى السجع بأن أقول: ثان - كأنما صعد صاحبه السماء وأخذ بدرها أو غاص البحار واستخرج درها، لا والله - بل بعثر القلوب وأفشى سرها ثم جمع الإمام العلامة صدر الدين محمد بن عمر بن المرحل[1] كتاباً في الأشباه والنظائر في الفروع طاول فيه الفراقد وحاول المعالي فسهر في طلبها، وخلف ألف راقد وتناول النجم فناداه لسان الإنصاف. ولما رأيت الناس دون محله تيقنت أن الدهر للناس ناقد ولقد جاوز قدر كل ذي قدر، وزاحم الرؤوس في مجالس المعالي، ويد الحق تضع في الصدر الصدر وتضايق القوم حيث فسح له وأنشد:

لعمرك ما يغني الثراء عن الفتى   إذا حشرجت يوماً وضاق بها الصدر

ضاق بها وهي في مجالس العلم الصدر، ولكن صدر الدين وراق بها ربعها وإن بعد عهده فلا يتغير، وإن غير النأي المحبين وساق منه هديا لحفظه التقي فنسيانه ضلال مبين، وساق منه كتاباً يتلقاه ذو المعرفة باليمين، فما هاج شوقي إلى ما أنا بصدده إلا كتابه لا حمامة، ولا بعث على هذه الكلمات سواه لما سمعت كلامه، فلقد بعثني [فأقام][2] على ليلي من الفكر القيامة لأني مع استحسانه وجدته محتاجاً إلى تحر في تحريره، وممر عليه من أوله إلى آخره لكونه مات وهو مجموع مفرق، لتبذيره من غير تدبيره، منسوب في نفسه إلى قصوره غير منسوب إلى مصنفه، وقد عارضته المنية إلى تقصيره.

فعمدت إلى هذا الكتاب فاحتلبت زبده وقذفت في بحر فوائد زبده وجمعت عليه من الأشباه نظائر كالأرواح جنوداً مجندة وحررته في الدجى بشهادة النجوم ولاقيت عسره

---

(١) محمد بن عمر بن مكي بن عبد الصمد بن عطية بن أحمد يقال عبد الصمد بن أبي بكر بن عطية الشيخ الإمام العلامة ذو الفتوق صدر الدين أبو عبد الله بن الشيخ الإمام العالم الخطيب زين الدين أبي حفص العثماني المعروف بابن المرحل وبابن الوكيل ولد بدمياط في شوال سنة خمس وستين وستمائة وقال السبكي في طبقاته: كان الوالد يعظمه ويحبه ويثني عليه بالعلم وحسن العقيدة توفي في ذي الحجة سنة ست عشرة وسبعمائة بالقاهرة طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢ / ٢٣٣، ابن السبكي ٦ / ٢٣ والبداية والنهاية ١٤ / ٨٠، وفوات الوفيات ٢ / ٢٥٤ حسن المحاضرة ١٥/٢٣٧.

(٢) في ب وأقام.

بهمة نبذت سهيلاً بالعراء وهو مذموم، وجلوت من الأشباه عروس شباب لا شبيه لها مظنون ولا معلوم، إن قلت كما قال حسان: لم يفتها شمس النهار بشيء فلست أقول: غير أن الشباب ليس يدوم. لأنها كلمات أعدها من الباقيات الصالحات والدائمات السابقات، تعود بالرقي من غير خبل وتعقد في قلائدها التميم، ثم لم أقدم على هذا الكتاب إلا بإذن سيدي الشيخ الإمام الوالد ـ قدس الله سره المصون ـ فإنه أذن لي [فيه][1] وشرعت في ذلك في حياته، وكتبت منه قطعة شملها نظره الميمون فأعجب له رقاً حرره بالكتابة عبد مأذون. نعم حررته وزدت عليه ما ينيف عن نصف مقداره ويضيف الزهر إلى أزهاره ويخيف من سلك غير طريقه فإنه [على][2] لاحب ولا يهتدى بمناره، ونقصت منه ما يورثه نقصا ويكاد به يقصر ويقصى، وخصصته بعموم فضائل لا تحصى، ما بين قواعد أهملها رأسا، وزوائد أغفلها ـ ومن ذا الذي لا ينسى ـ وفرائد تطلع في أفق المسائل ـ قمراً وشمساً، بحيث جمع فأوعى قاصياً ودانياً ونطق فأسمع قريباً ونائياً.

ولو أن واش باليمامة داره وداري بأعلى حضرموت اهتدى ليا

ولاح للمريد سلوك طريقه وراح الفقيه المستفيد يبدي ويعيد، ولا مزيد على تحقيقه، ونفق سوقه فلا يجد من يستطلع في ظلام الشبهات غير صبح فضله استغلظ فاستوى على سوقه، وكمل كتاباً طبخ قلوب الحاسدين لما استوى، وسحاباً لا تغير معه الأغراض الأهوية قائلة: لانبرح نحن ولا أنت مكاناً سوى: «وعباباً إذا عافى الله مريض القلب وكرع فيه منصفاً ظهر ما قلناه، وبدى من بعد ما اندمل الهوى، وحكماً يقضي القضايا اقتضيته وتقول: أنت الحكم الترضى حكومته، والله أعطاه فضلاً من عطيته فلتشكر عطيته نبهت له الذهن والناس نيام وأيقظت الفكر فأضاء مصباحه في الظلام وأعلمت فيها القلب فجلس يناجي الملك العلام. فللّه من وارداته مقام عبد تجيب فيه الملائكة من عز الكلام ـ داعي الله لا من دعت ساق حر نزحه وترنماً ومحفل فكر يسبك فيه ذهب القلوب على الحق ولا ضرب صواع يكفيه درهماً، ومجلس علم يفوق مجلس الذكر ومتعلقاً بجلوسه ﷺ في مجلس المعلمين وقوله: «إنما بعثت معلماً[3]» فكم سفه

(١) سقط في «ب».
(٢) سقط في «ب».
(٣) أخرجه ابن ماجة ١ / ١١٧ في المقدمة / باب فضل العلماء والحث على طلب العلم (٢٢٩).

أحلام النيام ما في تلك اليقظة من رشد يهذب ويحرر.

وكم بت مستخبراً علمي، أستمد فكري وقلمي فهذا ينشىء وهذا يخبر وكم لظلام الليل عندي من يد تخبر ولست مع ذلك أبرىء كتابي من كل نقص ومعرة. ولا أبيعه بشرط السلامة من كل عيب يكره، ولا أدعي أني استوعبت فيه ولا أن الأشباه جمع كثرة.

ولا آمن طائفة تطوف على محاسنه فتأخذها وتدعيها [**وتدخل**][1] وتخرج وليت لها أذن واعية فتعيها وتسرق من حرزها نصاباً لا شبهة لها فيه ولن يكفيها وتسبح في بحره فتشهب كبار الدرر وتسرح في روضه فتجني على مصنفه، وتجني كل زهر وتسرق ثمره وتقول لا قطع في ثمر ولا كثر.

نعم لكأني بفرق ثلاث: فرقة تفرق شمل محاسنه وتنكرها، وتجتلي عرائسه ثم تتشعب قبيلتين خيرهما التي لا تجعلها بمذام ولا تذكرها والأخرى تبيت منه في نعم وتصبح تكفرها.

وأظلم أهل الظلم من بات حاسداً لمن بات في نعمائه يتقلب

لعب بها شيطان الحسد وشد وثائقها الذي لا يوثق به - بحبل من مسد، وتصرف فيها والشيطان يجري من ابن آدم مجرى الدم في الجسد تصرف فيهم، فنوى كل منهم السوء ولكل امرىء ما نوى، وتحكم، فغوى بحكمه من غوى وجرى بهم في ميدان الحسد حتى وقف الهوى فلزموا إنكار الجميل لزوم جميل بثينة وغريم ألد تقاضى عزة دينه وجر جريراً فسماه صائدة الفؤاد وهو يعرف كذبه ومينه، لا. بل لزوم الأعراض للجواهر والغيم للنهار الماطر والليل للنجم الزاهر.

وآخر من فيه ثانية: يسمع كلامه ولا يفهمه ويصبح في بحره ولا يعلمه [**ويصبح**][2] ظمآن وفي البحر فمه ومثل هذا لا يفتقد حضوره إذا غاب ولا ينقد كلامه إذا جاب الصخر وخاب ولا يؤهل لأن يعاب إذا عاب.

= قال البوصيري في زوائده: هذا إسناد فيه بكر وداود وعبد الرحمن وهم ضعفاء وقال رواه أبو داود الطيالسي والحارث بن أبي أسامة في مسنديهما من طريق عبد الرحمن الإفريقي به.

(١) في «ب» فتدخل.

(٢) في ويسبح.

وكم من عائب قولاً صحيحاً [وآفته من الفهم السقيم][1]
ولا يؤهل لأن يعاب إذا عاب.

وآخر من فيه ثالثة: تغترف من بحره وتعترف ببره ويقتطف من زهره ما هو أزهر من الأفق وزهره وتلزم الثناء عليه لزوم الخطب للمنابر والأقلام للمحابر والأفكار للخواطر والمؤمن للطاعة في الليل الكافر، وتعالج به جراحات الشكوك كأنه لها مراهم ويقطع بقواطعه ما أورث سوء الظن وأوهم وتقول: لو بيع فصل منه لاشتريته كما قيل بألف درهم.

وهذه طريقة قل سالكوها، وبعيد أن يوجد في حياة المصنف أهلوها فعليهم سلام الله. أحسن الناس وجوهاً وأنضر هموماً.

وها أنا أبرز لك هذا المجموع وأحمل إليك هذا الموضوع، وأخرجه غير مقطوع الفضل ولا ممنوع والله أسأل أن يتقبله وأن يغفر خطأ مصنفه وأن يدخله الجنة بفضله فإنه لن يدخلها بعمله ولو كان له عمل فكيف ولا عمل له.

الكلام في القواعد الفقهية والمدارك الشرعية والمآخذ الأصولية

حق على طالب التحقيق ومن يتشوق إلى المقام الأعلى في التصور والتصديق أن يحكم قواعد الأحكام ليرجع إليها عند الغموض وينهض بعبء الاجتهاد أتم نهوض ثم يؤكدها بالاستكثار من حفظ الفروع لترسخ في الذهن مثمرة عليه بفوائد غير مقطوع فضلها ولا ممنوع.

أما استخراج القوى وبذل المجهود في الاقتصار على حفظ الفروع من غير معرفة أصولها ونظم الجزئيات بدون فهم مأخذها، فلا يرضاه لنفسه ذو نفس أبية ولا حامله من أهل العلم بالكلية.

قال إمام الحرمين[2] في كتاب المدارك: «الوجه لكل متخذ للإقلال بأعباء

---

(١) من قوله وآفته من الفهم السقيم إلى قوله: قال الرافعي فجواز الاستعمال على قولي الأصل سقط في ب.
(٢) عبد الملك بن عبد الله بن يوسف عبد الله بن يوسف بن محمد العلامه إمام الحرمين ضياء الدين أبو =

الشريعة معه أن يجعل الإحاطة بالأصول سوقه الألذ وينص مسائل الفقه عليها نص من يحاول بإيرادها تهذيب الأصول، ولا ينزف حمام ذهنه في وضع الوقائع مع العلم بأنها لا تنحصر مع الذهول عن الأصول» انتهى.

وإن تعارض الأمران وقصر وقت طالب العلم عن الجمع بينهما ـ لضيق أو غيره من آفات الزمان ـ فالرأي لذي الذهن الصحيح الاقتصار على حفظ القواعد وفهم المآخذ.

إذا عرف ذلك فالقاعدة: الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة يفهم أحكامها منها[1]». ومنها ما لا يختص بباب كقولنا: «اليقين لا يرفع بالشك» ومنها ما يختص كقولنا «كل كفارة سببها معصية فهي على الفور» والغالب فيما اختص بباب وقصد به نظم صور متشابهة أن يسمى ضابطاً. وإن شئت قل: ما عم صوراً، فإن كان المقصود من ذكره القدر المشترك الذي به اشتركت الصور في الحكم فهو المدرك، وإلا، فإن كان القصد ضبط تلك الصور بنوع من أنواع الضبط من غير نظر في مأخذها فهو الضابط ـ وإلا فهو القاعدة.

فإن قلت: فخرج عن القاعدة نحو قول الغزالي «رحمه الله» في الوسيط «قاعدة لو تحرم بالصلاة في وقت الكراهة ففي الانعقاد وجهان» فقد أطلق القاعدة على فرع منصوص قلت: إنما أطلقها عليه لما تضمنته من المأخذ المقتضي للكراهة لأن فعل الشيء في الوقت المنهي عنه هل ينافي حصوله؟ فلما رجع الفرع إلى أصل هو قاعدة كلية حسن إطلاق لفظ القاعدة عليه. وذلك نظير قوله أيضاً: قواعد ثلاث: الأولى، التطوعات التي لا سبب لها. لا حصر لركعاتها.

الثانية: في قضاء النوافل أقوال.

الثالثة: تؤدى النوافل قاعداً مع القدرة.

= المعالي بن الشيخ أبي محمد الجويني رئيس الشافعية بنيسابور مولده في المحرم سنة تسع عشر وأربعمائة وصنف المصنفات العديدة، قال أبو إسحاق الفيروزأبادي تمتعوا بهذا الإمام فإنه نزهة هذا الزمان توفي في ربيع الآخر سنة ثمان وسبعين وأربعمائة. ابن السبكي ٣ / ٢٤٩، وفيات الأعيان ٢ / ٣٤١، شذرات الذهب ٣ / ٣٥٨، والنجوم الزاهرة ٥ / ١٢١.

(١) وقيل حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته ليتعرف به أحكام الجزئيات وقيل القاعدة حكم أغلبي ينطبق على معظم جزئياته وقيل غير ذلك، انظر تقدمتنا على الاعتناء في الفرق والاستثناء.

وقال في الوجيز: «قاعدة. ينكشف حال الخنثى بثلاثة طرق». وقال: وتبعه الرافعي وغيره فيما إذا وهبت المرأة الزوج صداقها.

قاعدة في ألفاظ التبرع. وقاعدة في أن الولي هل له العفو عن الصداق؟

وأمثلة هذا كثيرة فاعتبر مما تراه بما أريناك.

اعلم أن القاضي الحسين[1] ذكر أن مبنى الفقه على أربع قواعد: اليقين لا يزال بالشك، والضرر يزال، والعادة محكمة والمشقة تجلب التيسير. وزعم من يدعي التحقيق أنه أهمل خامسة وهي أن الأمور بمقاصدها[2]. وقال: بني الإسلام على خمس والفقه على خمس.

والتحقيق عندي أنه إن أريد رجوع الفقه إلى الخمس تعسف وتكلف وقول جملي فالخامسة داخلة في الأولى. وفي الثانية أيضاً. بل رجع شيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام الفقه كله إلى اعتبار المصالح ودرء المفاسد، ولو ضايقه مضايق لقال: ارجع الكل إلى اعتبار المصالح فإن درء المفاسد من جملتها.

ويقول ـ على هذا ـ واحدة من هذه الخمس كافية، والأشبه أنها الثانية وإن أريد الرجوع بوضوح فإنها تربو على الخمسين بل على المائتين، وأنا ذاكر إن شاء الله في هذا الكتاب ما يحضرني منها، منبه على مثال مايغمض فهمه مستكثر من ذكر الجزئيات، مشير إلى ما حفظ من المستثنيات، مستعين بالله ومتوكل عليه وإياه أسأل النفع به والمن بنجازه وبخاتمة خير في عافية بلا محنة وبالاجتماع في دار كرامته بخير خليفته محمد ﷺ من غير ضراء مضرة ولا فتنه مضلة.

وليقع الابتداء بالقواعد الخمس التي أشرنا إليها هنا ثم نعقبها بما نورده واحدة بعد واحدة.

(١) الحسين بن محمد بن أحمد بن القاضي أبو علي المروذي صاحب التعليقة المشهورة في المذهب، أخذ الفقه عن القفال، قال عبد الغافر: كان فقيه خراسان وكان عصره تأريخاً بها وصنف في الفقه، والأصول والخلاف.

توفي في المحرم سنة اثنين وستين وأربعمائة.

ابن السبكي ٣ / ١٥٥، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١ / ٢٤٤ تهذيب الأسماء واللغات ١ / ١٦٤، وفيات الأعيان ١ / ٤٠٠.

(٢) قاله القاضي أبو سعيد (الأشباه والنظائر للسيوطي).

القاعدة الأولى:

اليقين لا يرفع بالشك[1] ولا يخفى أنه لا شك[2] مع اليقين ولكن المراد استصحاب الأصل المتيقن لا يزيله شك طارىء عليه. فقل إن شئت الأصل بقاء ما كان على ما كان، أو الاستصحاب حجة. ومن ثم كان القول قول نافي الوطء غالباً[3]. ولم يكن على المانع[4] في المناظرة دليل.

---

(١) والأصل فيها قوله ﷺ: «إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشكل عليه، أخرج فيه شيء أم لا؟ فلا يخرجن من المسجد حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً» رواه مسلم من حديث أبي هريرة وأصله في الصحيحين عن عبد الله بن زيد قال: شكي إلى النبي ﷺ الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة قال: لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً وفي الباب عن أبي سعيد الخدري وابن عباس وروى مسلم عن أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله ﷺ «إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى أثلاثاً أو أربعاً؟ فليطرح الشك وليبن ما استيقن» وروى الترمذي عن عبد الرحمن بن عوف قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: إذا سها أحدكم في صلاته فلم يدر: واحدة صلى أو اثنتين؟ فليبن على واحدة، فإن لم يتيقن: صلى اثنتين أم ثلاثاً؟ فليبن على اثنتين، فإن لم يدر: أثلاثاً صلى أم أربعاً؟ فليبن على ثلاث وليسجد سجدتين قبل أن يسلم».

اعلم أن هذه القاعدة تدخل في جميع أبواب الفقه والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه وأكثر.

(٢) والمراد بالشك لغة مطلق التردد وفي اصطلاح الأصوليين تساوي الطرفين فإن رجح كان ظناً والمرجوح وهماً وأما عند الفقهاء فزعم النووي أنه كاللغة في سائر الأبواب لا فرق بين المساوي والراجح وهذا إنما قالوه في الأحداث وقد فرقوا في مواضع كثيرة بينهما.

منها: في باب الإيلاء لو قيد بمستبعد الحصول في أربعة أشهر كنزول عيسى ﷺ فحول وإن ظن حصوله قبلها فليس بحول قطعاً وإن شك فوجهان أصحهما كذلك.

ومنها: ما سبق في الحياة المستقرة شك في المذبوح هل فيه حياة بعد الذبح حرم للشك في المبيح وإن غلب على ظنه بقاؤها حلت.

ومنها: في باب القضاء بالعلم لم يجعلوا للتساوي أثراً أو اعتبروا الظن المؤكد وكذلك في الصيد إذا توارد عليه اثنان في بعض صورة.

ومنها: في الأكل من مال الغير إذا غلب على ظنه الرضا جاز وإن شك فلا ومثله وجوب ركوب البحر في الحج إن غلبت السلامة وإن شك فلا ومثله في المرض والمخوف إذا غلب على ظنه كونه مخوفاً نفذ التصرف من الثلث وإن شككنا في كونه مخوفاً لم ينفذ إلا بقول أهل الخبرة.

ومنها: قالوا في كتاب الطلاق أنه لا يقع بالشك فأرادوا به الطرف المرجوح ولهذا قال الرافعي في باب الاعتكاف: قولهم: لا يقع الطلاف بالشك مسلم ولكنه يقع بالظن الغالب المنثور ٢ / ٢٥٥.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٧.

(٤) والممانعة امتناع السائل عن قبول ما أوجبه المعلل من غير دليل.

فإن عارض الأصل ظاهر[١] فقيل: قولان دائماً. وقيل غالباً. وقيل أصحهما اعتماد الأصل دائماً. وقيل غالباً والتحقيق الأخذ بأقوى الظنين ومن ثم فصول.

فصل

يرجح الأصل جزماً إن عارضه احتمال مجرد، وذلك في مسائل منها.

احتمال حدث من تيقن الطهر بمجرد مضي الزمان[٢].

ومنها: من أحرم بالعمرة ثم بالحج وشك، هل كان أحرم بالحج قبل طواف العمرة، فيكون صحيحاً، أو بعده فيكون باطلاً فإنه يحكم بصحته[٣]. قال الماوردي[٤]: لأن الأصل جواز الإحرام بالحج حتى يتيقن أنه كان بعده[٥]. قال[٦]: وهو كمن تزوج وأحرم ولم يدر هل أحرم قبل تزوجه أو بعده.

قال الشافعي - رضي الله عنه -: يصح تزوجه.

قلت ونقله ابن القطان[٧] في فروعه عن النص أيضاً فيمن وكل رجلاً في الزواج

(١) ويعبـر الأصحاب تارة بالأصل والظاهر وتارة بالأصل والغالب وفهم بعضهم التغاير وأن المراد بالغالب ما يغلب على الظن من غير مشاهدة.

(٢) المنثور للزركشي ١ / ٣١٣،
الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦٤.

(٣) الأشباه والنظائر ص ٥٢.

(٤) علي بن محمد بن حبيب القاضي أبو الحسن الماوردي البصري أحد أئمة أصحاب الوجوه قال الخطيب: كان ثقة من وجوه الفقهاء الشافعيين وله تصانيف عدة في أصول الفقه وفروعه وفي غير ذلك قال ابن خيرون: كان رجل عظيم القدر متقدماً عند السلطان أحد الأئمة له التصانيف الحسان في كل فن من العلم توفي ربيع الأول سنة خمسين وأربعمائة.
ابن السبكي ٣ / ٣٠٣، ابن قاضي شهبة ٢ / ٢٣٠، شذرات الذهب ٣ / ٢٨٥، مرآة الجنان ٣ / ٧٢.

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٢.

(٦) الأشباه والنظائر ص ٥٢، المنثور للزركشي ٢ / ٢٦١.

(٧) أحمد بن محمد بن أحمد أبو الحسن ابن القطان البغدادي آخر أصحاب ابن سريج وفاة. درس ببغداد وأخذ عنه العلماء وقال الخطيب البغدادي وهو من كبراء الشافعيين وله مصنفات في أصول الفقه وفروعه مات في جمادى الأولى سنة تسع وخمسين وثلاثمائة. طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٩٢، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١ /١٢٤، وابن هداية الله ص ٢٧، وشذرات الذهب ٣/٢٨، وفيات الأعيان ١ / ٥٣.

ثم لم يدر أكان أوقع عقد النكاح بعدما أحرم أو قبله. قال: نص الشافعي أنه صحيح وذكر ابن القاص [(١)] في تلخيصه: أنه لا يزال اليقين بالشك في الطهارة إلا في مسألة واحدة. وهو أن يقول: توضأت وأحدثت ولا أدري أيهما قدمت.

فيقال له: قدم وهمك على الأمرين فإن كنت محدثاً قبلهما فأنت الآن متطهر، وإن كنت متطهراً فأنت الآن محدث [(٢)].

قال الروياني [(٣)] في البحر: وهذا في الحقيقة بناء على اليقين أيضاً لا على الشك، لأنه أخذ بيقين ما قبل الأمرين قال: وهو كما لو أقام رجل البينة بأن فلاناً استوفى منه جميع حقه. ثم أقام المشهود عليه بينة بأن المشهود له أقر له بألف، فإنه لا يتثبت لجواز أن يكون ذلك قبل الاستيفاء، وفي المسألة وجه آخر أنه يعمل بما قبل الأمرين، فإن كان طاهراً فطاهر، أو محدثاً فمحدث. ومنهم من أوجب الوضوء احتياطاً.

قلت: والأوجه مشهورة في المذهب.

قال النووي [(٤)]: والثالث هو الصحيح عند جماعات من محققي أصحابنا [(٥)].

---

(١) أحمد بن أبي أحمد الطبري أبو العباس ابن القاص أحد أئمة المذهب أخذ الفقه عن ابن سريج وتفقه عليه أهل طبرستان وقال الشيخ أبو إسحاق كان من أئمة أصحابنا صنف التصانيف الكثيرة توفي رحمه في طرسوس سنة خمس وثلاثين وثلاثمائة.
ابن قاضي شهبة ١ / ١٠٦، الشيرازي ص ٩١، وفيات الأعيان ١ / ٥١، طبقات الشافعية لابن السبكي ٢ / ١٠٣، البداية والنهاية ١١ / ٢١٩.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٢.

(٣) عبد الواحد بن إسماعيل بن أحمد بن محمد بن أحمد قاضي القضاة فخر الإسلام أبو المحاسن الروياني الطبري صاحب البحر وغيره وكانت له الوجاهة والرئاسة والقبول التام عند الملوك فمن دونها أخذ عن والده وجده، ولد رحمه الله في ذي الحجة سنة خمس عشرة وأربعمائة واستشهد بجامع آمل عند ارتفاع النهار بعد فراغه من الإملاء يوم الجمعة حادي عشر المحرم وقيل اثنتين وقيل سنة إحدى وخمسمائة قتله الباطنية لعنهم الله تعالى.

(٤) يحيى بن شرف بن مري بن حسن بن حسين بن محمد بن جمعة بن حزام الحافظ الفقيه الزاهد أحد أعلام الإسلام محيي الدين أبو زكريا الحزامي النووي الدمشقي ولد في المحرم سنة إحدى وثلاثين وستمائة وصنف المصنفات النافعة، مات رحمه الله ببلدة نوى بعدما زار القدس والخليل في رجب سنة سبع وسبعين وستمائة ودفن بها.
- ابن قاضي شهبة ٢ / ١٥٣، ابن السبكي ٥ / ١٦٥، البداية والنهاية ١٣ / ٢٧٨، النجوم الزاهرة ٧ / ٢٧٨، شذرات الذهب ٥ / ٣٥٤.

(٥) شرح المهذب ٢ / ٦٥، الاعتناء في الفرق والاستثناء «تحقيقنا»، حلية العلماء ١ / ١٥٦.

قال: وفي المسألة وجه رابع: أنه يعمل بغلبة الظن[1].

قلت: وسيأتي عن ابن القاص ما استثناه من قاعدة اليقين لا يرفع بالشك وذاك استثناء من أصل القاعدة وهذا من خصوصها في الطهارات.

فصل

ويرجح الأصل على الأصح أن استند الاحتمال إلى سبب ضعيف وذلك في مسائل[2] منها: ثياب مدمني الخمر[3]، والمقبرة المنبوشة[4] وطين الشوارع[5].

ومنها: دعوى المرأة الإصابة بعد الاتفاق على الخلوة.

ومنها: دعوى المديون لا في مقابلة مال الإعسار[6].

ومنها: وجوب فطرة العبد الغائب المحتمل الموت.

ومنها: عدم زواج امرأة المفقود.

ومنها: تصديق الغاصب في قوله: لم يكن العبد المغصوب كاتباً.

ومنها: إذا تمعطت فأرة في بئر وطرحت، ولكن غلب على الظن، أنه لا يخلو كل دلو عن شيء من النجاسة.

قال الرافعي فجواز الاستعمال على قولي: الأصل والغالب.

ومنها: الجديد أن دم الحائل حيض، لأنه تردد بين كونه دم علة ودم جبلة والأصل السلامة.

والقديم أنه دم فساد، لأن الظاهر أن الحامل لا تحيض.

ومنها: الأصح تصديق الغاصب إذا ادعى في المغصوب عيباً خلقياً كقوله: كان

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) وهذه المسائل مذكورة في الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦٥، والمنثور للزركشي ٢ / ٣٢٦.

(٣) وكذلك آوانيهم وكذا من ظهر اختلاطه بالنجاسة وعدم احترامه منها، مسلماً كان أو كافراً كما في شرح المهذب عن الإمام.

(٤) والمعنى بها كما قال الإمام وغيره التي جرى النبش في أطرافها والغالب على الظن انتشار النجاسة فيها.

(٥) وفي جميع ذلك قولان أصحهما الحكم بالطهارة استصحاباً للأصل.

(٦) فيه وجهان أصحهما القول قوله لأن الأصل العدم والثاني لا لأن الظاهر من حال الحر أنه يملك شيئاً.

أكمه[1]، وفي وجه المالك نظراً إلى غلبة السلامة. وفي ثالث: يفرق بين ما تذر من العيوب وغيره.

ومنها: لو قال هذا ولدي من جاريتي هذه. عند الإمكان لحقه ـ وهل يثبت كون الجارية أم ولد ـ لأن الظاهر ـ أولا لاحتمال أن يكون استولدها بالزوجية. فيه قولان: رجح الرافعي الثاني. قال: ولهما خروج على تقابل الأصل والظاهر.

ومنها: لو قال الراهن للمرتهن لم تقبض العين المرهونة عن الرهن، بل أعرتكها، وقال المرتهن بل عن الرهن، فالأصح أن القول قول الراهن لأن الأصل عدم اللزوم وعدم الإذن في القبض.

وقيل: قول المرتهن، لأن الظاهر أنه قبضه عن الرهن.

قلت: وأيضاً فالأصل عدم العارية.

ومنها: تنازع المتبايعان في التفرق، وجاءا متساويين، فقال أحدهما أنا لم أفارقه فلي خيار المجلس. فالقول قوله، لأن الأصل عدم التفرق كذا أطلق الأصحاب.

قال الرافعي[2]: وهو بين إن قصرت المدة. وأما إذا طالت فدوام الاجتماع خلاف

---

(١) أو أعرج أو فاقد اليد، فوجهان أصحهما: القول قوله ويمكن على الأصح المالك إقامة البينة، والثاني: تصديق المالك لأن الغالب السلامة.

هذا بخلاف ما لو ادعى عيباً حادثاً. فإن الأظهر تصديق المالك، لأن الأصل والغالب دوام السلامة، والثاني الغاصب لأن الأصل براءة الذمة، فهذه الصورة تعارض فيها أصلان، واعتضد أحدهما بظاهر «وسيأتي في تعارض الأصلين»، ونظير ذلك: ما لو جنى على طرف،وزعم نقصه، فإنه ادعى عيباً خلقياً في عضو ظاهر صدق الجاني في الأظهر لأن الأصل العدم، وبراءة الذمة، والمالك يمكنه إقامة البينة، وإن ادعى عيباً حادثاً، أو أصلياً في عضو باطن، فالأظهر: تصديق المجني عليه لأن الأصل السلامة. راجع الأشباه والنظائر ص ٦٦.

(٢) عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم بن الفضل بن الحسين بن الحسن الإمام العلامة إمام الدين أبو القاسم القزويني الرافعي صاحب الشرح المشهور وإليه يرجع عامة الفقهاء من أصحابنا في هذه الأعصار في غالب الأقاليم والأمصار، قال النووي: إنه كان من الصالحين المتمكنين وكانت له كرامات كثيرة ظاهرة.

قال ابن الصلاح: توفي في أواخر سنة ثلاث أو أوائل سنة أربع وعشرين وستمائة بقزوين وقال ابن خلكان توفي في ذي القعدة سنة ثلاث وعمر نحو ست وستين.

طبقات الشافعية ابن السبكي ٥ / ١١٩، لابن قاضي شهبة ٢ / ٧٥، مرآة الجنان ٤ / ٥٦، تهذيب الأسماء واللغات ٢ / ٢٦٤.

الظاهر. فلا يبعد تخريجه على تعارض الأصل والظاهر وتنازع ابن الرفعة[1] والشيخ الإمام[2] في كلام الرافعي هذا. فابن الرفعة أيده وقال: بل ينبغي القطع بقبول قول من يدعي اللزوم لأنه الأصل في البيع. والشيخ الإمام أفسده. وقال: بل ما أطلقه الأصحاب هو الحق - طالت المدة أم قصرت وهو تخريج على الأصل والظاهر لأنهما لما تعارضا تساقطا، وبقي معنا حق العاقد من الفسخ وقد تحققنا تمكنه منه فيستصحبه ولا يرفعه بالشك، ونازع ابن الرفعة في قوله أيضاً أن أصل البيع اللزوم، وقال: بل الأصل الجواز ولكن وضعه على اللزوم.

وأنا أقول: تمكن العاقد من الفسخ ناشىء من عدم التفرق الذي هو الأصل المستصحب وقد عارضه ظاهر التفرق، فلا بد من جريان الخلاف، وبتقدير تسليم أن أصل البيع اللزوم، فهو معارض بعدم التفرق.

ومنها: أدخل الكلب رأسه في الإناء وأخرجه ولم يعلم ولوغه ورأينا فمه رطباً فالأصح الطهارة للأصل، والثاني: النجاسة للظاهر.

ومنها: طرح العصير في الدن وأحكم رأسه. ثم حلف أنه لم يستحل خمراً ولم يفتح رأسه إلى مدة، ولما فتح وجده صار خلاً، فوجهان حكاهما الرافعي في فروع الطلاق.

أحدهما: إن كان ظاهر الحال صيرورته خمراً وقت الحلف حنث، وإلا فلا.

والثاني: لا يحكم بالحنث. لأن الأصل عدم الاستحالة وعدم الحنث.

---

(١) أبو يحيى الشيخ نجم الدين ابن الرفعة كان فريد دهره ووحيد عصره إماماً في الفقه والخلاف والأصول واشتهر بالفقه إلى أن يضرب به المثل وله تصانيف مشهورة تفقه على أصحاب ابن العطار وبرع حتى طار اسمه في الأفاق وتفقه على السبكي والذهبي، مات سنة خمس وثلاثين وسبعمائة.
ابن هداية الله ص ٢٢٩، شذرات الذهب ٦ / ٢٢، طبقات الشافعية لابن السبكي ٥ / ١٧٧، البدر الطالع ١ / ١١٥، الدرر الكامنة ١ / ٣٠٣.

(٢) حبر الأمة واستاذ الأئمة شيخ الإسلام تقي الدين أبو الحسن علي الأنصاري الخزرجي السبكي كان رحمه الله ذا فراسة صادقة تصانيفه مشهورة وتوفي رحمه الله بدمشق.
ابن هداية الله ص.٢٣، الدرر الكامنة ٣ / ١٣٤، حسن المحاضرة ١ / ١٧٧، طبقات الشافعية الكبرى ٦ / ١٤٦، البدر الطالع ١ / ٤٦٧.

فصل

ويرجح الظاهر جزماً في مواضع إن استند إلى سبب منصوب شرعاً كالشهادة المعارضة للأصل أو معروف عادة: كأرض على شط نهر. الظاهر أنها تغرق وتنهار في الماء فلا يجوز استئجارها. وجوز الرافعي تخريجه على تقابل الأصل والظاهر.

قلت: وفيه نظر، لأن الظاهر هنا معتضد بعادة مستقرة فهو ينزل منزلة القطع أو منزلة السبب المنصوب شرعاً، فلهذا جزم باعتماده، وإنما يقع الخلاف في ظاهر مجرد يقابل الأصل.

والموضع الثالث مما يرجح فيه الظاهر جزماً أن يضعف اعتماد الأصل لمعارض فيبقى الظاهر سالماً عن المعارض.

مثاله قال: أنت طالق ثم: ادعى سبق لسان، فإنه لا يصدق ظاهراً إلا بقرينة، لأن الظاهر من حال البالغ العاقل أنه لا يتكلم إلا عن قصد فإن قيل القصد خلاف الأصل فكيف عمل بالظاهر؟

قلنا: أصل عدم القصد تعارض بأنه متهم في هذه الدعوى ما في الإبضاع من الاحتياط، ثم إن سبق اللسان خلاف الأصل، فلما تقاوم الأصلان تساقطا وبقي الظاهر فعمل عمله وهب أن القصد خلاف الأصل فانتفاؤه انتفى لقصد الوقوع ولا يلزم من انتفاء قصد الوقوع انتفاء الوقوع لأن اللفظ يعمل عمله وإن لم يقصد وإذا لم يقصد العدم ففرق بين قصد الوقوع وقصد العدم.

فصل

ويرجح الظاهر على الصحيح إن كان سبباً قوياً منضبطاً. وذلك في مسائل. منها: حيوان يبول في ماء كثير، ثم يوجد متغيراً فالمذهب النجاسة لغلبة الظن بأن التغير من البول[1].

---

(١) قال الزركشي: هذا وإن احتمل تغيره بطول مكث أو بسبب آخر نص عليه، فأستند التغير إليه مع أن الأصل طهارته، لكنه بعد التغير احتمل أن يكون بالمكث وأن يكون بذلك البول، وإحالته على البول المتيقن أولى من إحالته على طول المكث فإنه مظنون فقدم الظاهر على الأصل وتابعه الجمهور.
وقيل إن كان عهده عن قرب غير متغير فنجس، وإلا فطاهر ولو ذهب عقب البول فلم يجده متغيراً، ثم=

ومنها: قاتل حر يدعي رق المقتول فيقول قريبه: كان حراً فالأصح تصديق القريب لأنه الظاهر في الغالب.

ومنها: شاهد يعدل في واقعة ثم يشهد في أخرى بعد زمان طويل فقد صححوا طلب تعديله ثانياً، لأن طول الزمان يغير الأحوال، وفيه عندي نظر.

ومنها: اختلفا بعد البيع في الرؤية صحح النووي أن القول قول مدعيها لادعائه الصحة وهي الظاهر، إذ الظاهر أن المشتري لا يقدم على شراء غائب وهو ما عزاه الرافعي إلى فتاوى الغزالي وبه أفتى القاضي الحسين وقال الرافعي: إنه لا ينفك عن خلاف.

قلت: وحكى ابن أبي الدم الخلاف في كتاب أدب القضاء(١). ولم يزد النووي على أنها مسألة الاختلاف في الصحة والفساد. وسنتكلم على الفروع في قواعد البيع.

ومنها: إذا جومعت فقضت شهوتها ثم اغتسلت ثم خرج منها مني الرجل فالأصح يجب عليها الغسل لأن الظاهر خروج منيها معه.

وقيل لا يجب لأن الأصل عدم خروجه.

تنبيه: خرج بقولنا: قوياً ـ في قولنا: يرجح الظاهر على الصحيح إن كان سبباً قوياً منضبطاً ـ لو أمشط المحرم لحيته فوقعت شعرات. شك. هل كانت منسلة فانفصلت؟ أو

= عاد في زمن آخر فوجده متغيراً قال الأصحاب: لا يحكم بنجاسته وقال الدارمي يحكم.
راجع المنثور ١ / ٣١٨.

(١) قال في أدب القضاء ٢ / ٣٢٣: قد عرف من مذهب إمامنا رضي الله عنه أن الصحيح من قوليه بطلان بيع الأعيان الغائبة، كيف كان، استقصيت الأوصاف أو لم تستقص، فلو اشترى شيئاً ثم قال: اشتريته ولم أره، وقال البائع: بل رأيته، هل القول قول البائع أو المشتري؟ فيه خلاف.
من أصحابنا من اختار ان القول قول المشتري لأن الأصل عدم الرؤية، وعدم صحة العقد ومنهم من اختار أن القول قول البائع، لأن إقدام كل مكلف على عقد اعتراف منه بصحته.
وأصل هذا كله أنه متى اختلف المتبايعان في شرط مفسد للعقد فادعاه أحدهما، وأنكره الآخر، فيه وجهان:
قال صاحب التقريب: القول قول مدعي الشرط الفاسد.
وقال غيره: بل القول قول الآخر.
وممن اختار الفساد في مسألة الشرط المفسد الجرجاني، البغوي، الشيخ ابن أبي عصرون.

انتفت بالمشط فالأصح لا تجب الفدية لأن النتف لم يتحقق فيها[١] وبقولنا: «منضبطاً» دعوى البر التقي على الفاجر الشقي درهماً واحداً فإن الفاجر يصدق في إنكاره، لأن ظهور كذبه ليس بمنضبط فلا يلتفت إليه.

فصل

«ومن ثم يقولون: الشيء قد يثبت على خلاف الظاهر» ويستشكله مستشكلون، وليس بمشكل، وسره ما أبديناه من عدم الانضباط، فلا ثقة به، فلذلك يدرأ في مسائل.

منها: تسمع دعوى الدنيء استئجار الأمير المعتبر لكنس داره خلافاً للإصطخري

ومنها: لو أتت بولد. لدون أربع سنين من قبيل الطلاق بلحظة لحقه. وإن كان وقوع الزنا أغلب على الظن من تأخر الحمل هذه المدة قال شيخ الإسلام عز الدين ابن عبد السلام ولا يلزم حد الزنا، فإن الحدود تسقط بالشبهة[٢]، ومنها: أنه يلحق لستة أشهر ولحظتي الوطء والوضع مع ندرة ذلك وغلبة الزنا. وغلبة تأخر الوضع إلى تسعة أشهر.

ومنها: لو أقر بمال عظيم، قبل تفسيره بأقل متمول[٣]. وفي وجه، يزيد للفظ عظيم شيء.

ومنها: لو ادعى الزوج بعد مضي مدة العفة الإصابة، فالقول قوله مع ظهور صدقها بالأصل والغلبة.

ومنها: [قال][٤]: إن رأيت الهلال فأنت طالق ـ فرآه غيرها ـ طلقت.

---

(١) والأصل براءة الذمة والثاني يجب لأن المشط سبب ظاهر فيضاف إليه كإضافة الإجهاض إلى الضرب، الأشباه ص ٧٢.

(٢) لقوله ﷺ «ادرؤوا الحدود بالشبهات» أخرجه ابن عدي وعند ابن ماجة من حديث أبي هريرة «ادفعوا الحدود ما استطعتم» وأخرج الترمذي والحاكم والبيهقي وغيرهم من حديث عائشة «ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن وجدتم للمسلم مخرجاً، فخلوا سبيله، فإن الإمام لأن يخطىء في العفو خير من أن يخطىء في العقوبة».
وأخرجه البيهقي عن عمر، وعقبة بن عامر، ومعاذ بن جبل موقوفاً وأخرج من حديث علي مرفوعاً «ادرؤوا الحدود فقط».

(٣) الأشباه والنظائر ص ٦.

(٤) في (ب) لو قال.

ومنها: لو قال: إذا مضى عصر أو حقب فأنت طالق ـ تطلق بمضي لحظة. واستبعده الغزالي.

ومنها: إذا تعاشر الزوجان المدة المديدة، ثم ادعت عدم النفقة والكسوة فالقول قولها.

ومنها: على وجه اختاره المحاملي وغيره لو حلف لا يكلمه إلى أيام حنث بلحظة.

قال: لأنه يقال: أيام العدل وأيام الفتنة.

قلت: ولهذا ظهور ما لو قال أيام فلان العادل أو الجائر على تلوم فيه أما إذا أتى بلفظ أيام منكرة ـ كما هو صورة المسألة ـ فلا وجه له.

ومنها: إذا كان معه شخص بالغ، يتصرف فيه تصرف الملاك في عبيدهم وادعى أنه ملكه وقال ذلك الشخص: بل أنا حر، فالقول قول المدعى عليه، سواء أكان المدعي استخدمه قبل الإنكار وتسلط عليه أم لا، وسواء جرى عليه البيع مرة أو مراراً وتداولته الأيدي أم لا، صرح به الأصحاب في باب الدعاوى(١)، وفرضه فيما إذا قال أنا حر الأصل، وأطلق الإمام تصوير المسألة فيما إذا قال: أنا حر.

قلت: وقد يقال فيمن تداولته الأيدي؛ ما الفرق بين أن نطلق قوله أنا حر. أو يقول: أنا حر الأصل؟.

وفي كلام الإمام فوائد. فنقول: قال الإمام في النهاية في باب الدعوى على مذهب أبي حنيفة قبيل باب القافة فالقول قول ذلك الشخص. لم يختلف أصحابنا في ذلك، لأن [ظاهر](٢) الدار الحرية وهي الأصل. فمدعيها مستمسك بالأصل والظاهر.

فإن قيل: أليس تصرف الملاك مع استمرار ظاهر اليد دلالة على الملك وقد اجتمعا في هذه المسألة؟

قلنا: إنما تدل اليد والتصرف على تعيين الملك مع كون الشيء مملوكاً، فيظهر

---

(١) انظر أدب القضاء للماوردي ٤ / فقرة ٥٢٧٤، وأدب القضاء لابن أبي الدم ١ / ٦٢٥.
(٢) في ب الأصل.

من اختصاص الإنسان باليد والتصرف وعدم النكير عليه تعيينه من بين الناس، وليس مع من يدعي الملك فيه الأصل يعتضد به، فأما أصل الملك فالأصل عدم الملك. فلا يثبت بظاهر التصرف. وعند ذلك قال الأصحاب: إذا اجتمع الأصل والظاهر فالتعويل على الأصل فلئن قيل: الحر تصرف كذلك.

قلنا: قد ينقاد الخادم للمخدوم بما ينقاد بمثله العبيد.

انتهى كلام الإمام.

وقد تضمن أن اليد والتصرف لا يدلان على الملك إلا عند ثبوت أصل الملك في تلك العين، فيكونان دالين على تعين صاحب اليد المتصرف وقضية هذا أن لا يشهد أن في يده إنساناً صغيراً، يتصرف فيه تصرف الملاك بالملك، لأن الأصل الحرية.

وفيه وجهان: أطلق أبو علي الطبري حكايتهما[1]. وقال غيره إنه سمعه يقول: هو عبدي، أو سمع الناس يقولون: إنه عبده شهد له بالملك، وإلا فلا وهذا ما صححه النووي في باب اللقيط[2].

وقد يقال على مساق كلام الإمام: يجري تصرف ذلك المتصرف على الصحة إذ لا معارض له، فإن بلغ الصبي وأكذبه، أعرضنا عن تصديقه، واعتمدنا قول الصبي غير أن المصحح فيمن ادعى رق صغير في يده انه يحكم له بالرق وهو ما رجحه الجمهور منهم صاحب التنبيه ـ سواء كان مميزاً أم لا. وقالوا: ثم إذا بلغ الصبي وقال: أنا حر، لم يقبل أيضاً على الأصح[3]. وقد تلخص من هذا أن ما اقتضاه كلام الإمام من أن المتصرف في صور تصرف الملاك. لا يشهد له بالملك وإن ادعى هو رقه، لأن الأصل الحرية وليس المرجح في المذهب.

وأقول: إن مأخذه حسن، وقضيته أنه إذا ثبت أنه رق على الجملة شهد له بالملك، وإلا فلا، لمخالفة الأصل، ويؤيد هذا أنه لو بلغ الصبي وأقر بالرق، لغير صاحب اليد لم يقبل جزماً[4] بخلاف ما إذا ادعى الحرية فإن فيه خلافاً، فكان وجه

---

(١) روضة الطالبين ٥ / ٤٤٤، أدب القضاء ١ / ٦٢٥.

(٢) روضة الطالبين ٥ / ٤٤٤.

(٣) إلا أن يقيم بينة بالحرية ولكن له تحليف السيد قاله البغوي والثاني يقبل، روضة الطالبين ٥ / ٤٤٤، أدب القضاء ١ / ٦٥٦.

(٤) روضة الطالبين ٥ / ٤٤٤.

عدم القبول فيما إذا ادعى الرق لغير ذي اليد أنه وافق على الرق وإنما خالف في جهته فلم يصغ إلى مخالفته لمعارضته أمراً قد تكرر قبل بلوغه، بخلاف ما إذا ادعى الحرية فإنه يعتضد بأصل الحرية، وهذا المأخذ الذي أشار إليه الإمام لا يجري في الأملاك، فلا يقال: لا يشهد للمتصرف ذي اليد بالملك حتى يثبت أن الدار ملك على الجملة، مخافة أن تكون وقفاً، لأن الأصل في العقار الملك، والوقف طارىء، ولا كذلك الرق مع الحرية فإن الحرية هي الأصل، ونظير هذا صغيرة في يد رجل يدعي نكاحها فالأصح أنه لا يحكم له بالنكاح مع أنه لو ادعى الملك حكم له[1].

وفرق الأصحاب في باب اللقيط بأن اليد على الجملة دالة على الملك ويجوز أن يولد وهو مملوك بخلاف النكاح، فإنه طارىء، فيحتاج إلى البينة[2].

وهذا كقوله في مساق كلام الإمام والذي. صرح به الأصحاب في باب الشهادات على الملك ـ بالتصرف والاستفاضة ـ العقار، والعبد، والثوب، وغيرها وهذا يقدح في مأخذ الإمام.

والإمام ممن رجح جواز الشهادة بالملك لذي اليد المتطاولة وله التصرف تصرف الملاك، ثم ما ذكرناه من أن الأصل الحرية، إنما نعني به الغالب، وحكى الرافعي عن حكاية صاحب التتمة قولاً بامتناع معاملة من لا تعرف حريته قال: لأن الأصل بقاء الحجر.

وهذا قد يقال: إنه ينازع قولهم: ان الأصل الحرية وقد يقال: انه لا يتنازع لأن المدعى بقاء الحجر. لا ايقاع الحرية.

فإنه قلت: الحجر يستدعي انتفاء الحرية الملازمة لثبوت الرق.

قلت: لم قلت: إنما نعني حجر الرق، وقد نعني مطلق الحجر المستصحب من زمن الصغر، ولذلك عبرا بلفظ البقاء. غير أنه قبل البلوغ مستنداً لا سيما في الأحرار إلى الصبي، وبعد البلوغ يستصحب في مجهول الحال، وجائز أن يسمى حجر الصبي بما لكونه مستصحباً، كما قيل بمثله فيمن بلغ سفيهاً، وأن يقال: لا ضرورة ما إلى

---

(١) وقال ابن الحداد: نعم كالرق، والأصح ما حكاه المصنف، روضة الطالبين ٥ / ٤٤٤.

(٢) المصدر السابق.

معرفة عينه، بل هو حجر على الجملة، ثم هذا الوجه إنما هو في منع معاملته، لا في الحكم برقه وقد يقال هو حر بشهادة الأصل ولكن لا يعامل لأن الإقدام على المعاملة يستدعي قدراً زائداً على الأصل، واعلم أن ما ذكرناه من كلام الإمام يؤخذ منه أنه لو تعارضت بينتا الرق والحرية تقدم بينة الحرية.

بيانه: أن بينة الرق ـ كما ذكره الإمام ـ لا يجوز لها أن تبنى على ظاهر اليد والتصرف فيما قامت مقبولة وإلا وقد استندت إلى غير ذلك. فتكون مستندة إلى ناقل متقدم.

والمسألة عسيرة النقل في المذهب ـ أعني تعارض بينة الرق وحرية الأصل والذي جزم به الرافعي في المسائل المنثورة آخر باب الدعاوى أن بينة المدعي الرق أولى لأن معها زيادة علم. وهو إثبات الرق.

وقد وقعت المسألة عندي في المحاكمات، وتوقفت عن الحكم بذلك فيها لإشكالها ثم وجدت بخط والدي رحمه الله حكاية وجهين في المسألة عن الماوردي، وأنه ذكرهما عند الكلام على خيار العبيد في كتاب النكاح أحدهما: التعارض والتساقط ـ الثاني: أن شهادة العبودية أولى، لأنها تخالف الظاهر من حكم الدار فكانت أزيد علماً ممن شهد الحرية، التي هي الغالب على الدار أن أهلها أحرار. وموضع الوجهين كما أبصرت، في تعارض الرق والحرية الأصل.

وذكر القاضي أبو سعد المسألة في «الاشراف» ولم يحك القول بتقديم بينة الرق إلا عن الشيخ أبي حامد، وحكى تقديم الحرية عن جميع الأصحاب، وقد سبقه إلى ذلك القاضي أبو عاصم، فحكى في الطبقات تقديم الرق عن الشيخ أبي حامد حكاية المستغرب له فليكن المعتمد إن شاء الله تقديم بينة الحرية أما تعارض الرق والعتق فمسألة مشهورة ذكرها الرافعي وغيره في باب الدعاوى(١) وجزم فيها الماوردي في هذا المكان بتقديم بينة الحرية فإنه قال إن علم شهود الحرية العبودية فشهادتهم أولى لأنهم أزيد علماً ممن علم العبودية ولم يعلم ما تجدد بعدها من الحرية ومنها قال إمام الحرمين في كتاب الطلاق بعدما ذكر أن الحربي إذا أكره على الإسلام فنطق بالشهادتين

---

(١) روضة الطالبين ١٢ / ١٧.

تحت السيف يحكم كونه مسلماً فإن هذا إكراه بحق فلم يغير الحكم. اتفقت الطرق على هذا مع ما فيه من الغموض من طريق المعنى فإن كلمتي الشهادة نازلتان في الإعراب عن الضمير منزلة الإقرار، والظاهر من المحمول عليهما أنه كاذب في إخباره. انتهى.

وقد حكاه عن الرافعي إلا أنه أسقط قوله في اخباره. وليس بجيد، لأن الكذب عدم المطابقة لما في نفس الأمر(١). وقائل الشهادتين مطابقتين، فلا يقال: إنه كاذب. نعم هو كاذب في اخباره أن ضميره مشتمل على الاعتقاد، فقد تبين أن قول الإمام في اخباره قيد لا بد منه حذفه الرافعي ظناً منه أنه لا حاجة إليه فورد ما لا قبل له به.

واعترضه ابن الرفعة بأن هذه نزعة أسامة بن زيد قد أجاب النبي ﷺ عنها(٢) وكيف لا يكون ونحن نؤاخذ المقر للعباد بما يغلب على الظن كذبه [فيما](٣) إذا احتمل الصدق على بعد، وحق الله أولى بذلك، نعم هو إذا كان في نفس الأمر بخلاف ذلك لا يحصل له الفوز في [الدار] الآخرة. انتهى.

قلت: الإمام لا يخفى عليه نزعة أسامة. ولم يرد التشكيك على قبول إسلامه بل ذكر أن قبول إسلامه شرعاً غامض من حيث المعنى، ولذلك قال: من حيث المعنى ولم

---

(١) الخيالي على العقائد النسفية ٢٧.

(٢) من حديث أسامة بن زيد قال: بعثنا رسول الله ﷺ في سرية فصبحنا الحرقات من جهينة فأدركت رجلاً فقال: لا إله إلا الله فطعنته فوقع في نفسي من ذلك، فذكرته للنبي ﷺ فقال رسول الله ﷺ: «أقال: لا إله إلا الله وقتلته؟ قال: قلت يا رسول الله إنما قالها خوفاً من السلاح» قال: «أفلا شققت عن قلبه حتى تعلم أقالها أم لا» فما زال يكررها علي حتى تمنيت أني أسلمت يومئذ قال: فقال سعد: وأنا والله لا أقتل مسلماً حتى يقتله ذو البطين يعني أسامة قال: قال رجل: ألم يقل الله: «وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله؟ فقال سعد قد قاتلنا حتى لا تكون فتنة وأنت وأصحابك تريدون أن تقاتلوا حتى تكون فتنة».

أخرجه البخاري ٧ / ٥٩٠ كتاب المغازي باب بعث النبي ﷺ أسامة بن زيد... حديث ٤٢٦٩، ومسلم ١ / ٩٦، كتاب الإيمان باب تحريم قتل الكافر بعدما قال: لا إله إلا الله حديث (١٥٨ - ٢٥٦) واللفظ له.

(٣) في ب فيه.

يقل من حيث الحكم، والحاصل أن هذا عنده مما حكم فيه بخلاف الظاهر، وأنه أمر بعدي غير معقول المعنى.

فطريقة جوابه أن يبين أن هذا جار على وفق الأقيسة الواضحة المعاني، لا أن يقال له: هذه نزعة أسامة، فإنه لا ينكر ذلك، بل نقول: ومن ثم لم يوجب رسول الله ﷺ على أسامة قوداً ولا دية. إنما ذلك ـ والله أعلم ـ حيث كان [أقدم][1] عن اجتهاد ساعده المعنى، ولكن بين رسول الله ﷺ أنه حكم الله أن من قالها فقد عصم دمه وماله، وقال «هل شققت عن قلبه[2] إشارة إلى نكتة الجواب.

والمعنى ـ والله أعلم بمراد رسول الله ﷺ. أن هذا الظاهر مضمحل بالنسبة إلى أن القلب لا يطلع على ما فيه إلا خالقه، ولعل هذا أسلم حقيقة وإن كان تحت السيف ولا يمكن دفع هذا الاحتمال.

وفي الحديث الصحيح[3] «عجب ربنا من قوم يدخلون الجنة في السلاسل. وفي لفظ يقادون إلى الجنة في السلاسل[4].

قيل: أراد بالجنة الإسلام وبالقوم الأسرى يكرهون على الإسلام[5]، فجعل

---

(١) في ب إقدام.
(٢) قال النووي في شرح مسلم ٢ / ١٠٧ فيه دليل للقاعدة المعروفة في الفقه والأصول أن الأحكام يعمل فيها بالظواهر؟ والله يتولى السرائر. وانظر الأبي على مسلم ١ / ٢٠٩.
(٣) أخرجه البخاري ٦ / ١٦٨ الجهاد باب الأسارى في السلاسل حديث (٣٠١٠).
(٤) أخرجه من رواية أبي هريرة رضي الله عنه أبو داود ٣ / ٥٦ كتاب الجهاد باب في الأسير يوثق حديث (٢٦٧٧).
(٥) فتح الباري ٦ / ١٦٨ ـ ١٦٩، فيض القدير ٤ / ٣٠٢ ـ ٣٠٣.
قال الغزالي: المراد بالسلاسل الأسباب فإنه تعالى أمر بالعمل فقال اعملوا وإلا أنتم معاقبون مذمومون على العصيان وذلك سبب لحصول اعتقاد فينا والاعتقاد سبب لهيجان الخوف وهيجانه سبب لترك الشهوات والتجافي عن دار الغرور وذلك سبب الوصول إلى جوار الرحمن في الجنان وهو مسبب الأسباب ومرتبها فمن سبق له في الأزل السعادة يسر له هذه الأسباب حتى يقوده الله بسلامها إلى الجنة ومن قدر له الشقاء أصمه عن سماع كلامه وكلام رسول الله ﷺ والعلماء فإذا لم يسمع لم يعلم وإذا لم يعلم لم يخف وإذا لم يخف لم يترك الركون للدنيا والانهماك في اللذات وإذا لم يتركها صار في حزب الشيطان.
فيض القدير ٤ / ٣٠٣.

الشهادتين مناطاً بدار الحكم عليهما فحيث وجدا حكم بمضمونهما بالنسبة إلى الظاهر. وأمر الباطن إلى الله تعالى:

ومن هنا يوجد جواب عن الإمام فنقول: استغماضه من حيث المعنى قبول إسلام المكره، لكونه حكماً بخلاف الظاهر، يوضحه أن الإقدام على قتله مع تلفظه بالشهادتين واحتمال أنه صادق فيما أخبر به عن ضميره ارتكاب ما لعله يكون ظلماً له، والكف عن القتل أولى من الإقدام عليه.

ويوضح هذا أن الشارع لا مقصد له في إزهاق الأرواح وإنما المقصد الهداية والإرشاد فإن تعذرت بكل سبيل، تعين زهوق الروح طريقاً لزوال مفسدة [الكفر][1] من الوجود، ومع التلفظ بكلمة الحق لم تتعذر الهداية بكل طريق، بل حصل عز الإسلام بانقياد المتلفظ بها ظاهراً، ويرجى مع ذلك أن تكون الهداية حصلت وبتقدير أن تكون حصلت فقد يحصل في المستقبل فمادة الفساد الناشىء عن كلمة الكفر قد زالت بانقياد ظاهر ولم يبق إلا الباطن وهو مشكوك أو مرجو مآلاً، إن لم يكن مرجواً حالاً، فقد لاح من حيث المعنى وجه قبول الإسلام ـ ولله الحمد ـ وأنه على وفق الأقيسة ومنهاج لمحاسن الشريعة، لا يدفعه منقول ولا معقول.

فإن قلت ـ على تقدير ما قاله الإمام من كونه غير معقول المعنى ـ فما فائدة بحث الإمام عن ذلك.

قلت: خطر لي أنه يحال تخريج إسلام الذمي مكرهاً عليه ويتوصل منه إلى ترجيح أنه لا يصح، وذلك لأنه يقول إذا قلنا بالصحة في الحربي فهي غير معقولة المعنى، فلا يقاس عليها الذمي، لأن القياس إنما يكون حيث يعقل معنى.

ويدل لهذا أنه ذكر مسألة الذمي عقبها، فقال: ولو أكره ذمي على الإسلام فأسلم فقد ذكر أصحابنا وجهين في أنا هل نحكم بإسلامه؟ والمصير إلى الحكم بإسلامه بعيد مع ان إكراهه عليه غير شائع، فلئن استمر ما ذكرناه في إكراه الحربي من جهة أنه إكراه بحق فلا ثبات لهذا المسلك والمكره ذمي والإكراه ممنوع. انتهى.

وتقريره أن يقال: صحة إسلام الحربي بالإكراه إما غير معقولة المعنى. فلا يلحق

---

(١) في ب الفكر.

بها الذمي. وإما معقولة المعنى، وهي أنه إكراه بحق، فلا يلحق الذمي أيضاً، لأنه لم يكره بحق، وإنما أكره على حق.

نعم إن جعل المعنى أنه أكره على حق صح إسلام الذمي وهو وجه ضعيف، ومنها: لو قال: لزيد علي أكثر مما لفلان، قبل تفسيره بأقل متمول وإن كثر مال فلان، لاحتمال أنه أراد بالأكثرية الحل أو نحوه.

فصل

استثنى ابن القاص من قولهم: اليقين لا يرفع بالشك إحدى عشرة مسألة[1]:

الأولى: إذا شك المقيم هل تم يوم وليلة لم يجز له المسح.

الثانية: إذا شك المسافر هل مسح وهو مقيم أو بعد السفر لم يمسح إلا مسح مقيم.

الثالثة: مسافر أحرم خلف رجل لا يدري أمسافر هو أم مقيم لم يقصر.

الرابعة: ظبي بال في ماء فوجد متغيراً فهو نجس.

الخامسة: المستحاضة عليها الصلاة والاغتسال في كل يوم شكت هل هو يوم انقطاع الدم.

السادسة: إذا علم نجاسة ما أصابت ثوبه أو بدنه إلا موضعها. وجب غسله كله.

السابعة: شك المسافر. هل نوى الإقامة لم يترخص.

الثامنة: شك هل وصل إلى بلدة أيضاً.

التاسعة: المستحاضة والسلس توضآ ثم شكا هل انقطع ثم صليا لم يجزهما.

العاشرة: طلب الماء في سفره فلم يجده فتيمم ثم أبصر شيئاً يحتمل كونه ماء بطل تيممه.

الحادية عشرة: رمى إلى صيد فجرحه ثم غاب فوجده ميتاً وشك هل أصابته رمية أخرى من حجر أو غيره لم يجز أكله[2].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ٨٠.

(٢) هذا وقد نازع القفال وغيره في هذه الاستثناءات بأنه لم يترك اليقين فيها بالشك، وإنما عمل فيها بالأصل الذي لم يتحقق شرط العدول عنه، لأن الأصل في الأولى والثانية غسل الرجلين وشرط المسح، بقاء المدة وشككنا فيه فعمل بأصل الغسل وفي الثالثة والسابعة والثامنة القصر وخصه بشرط فإذا لم يتحقق =

وزاد الإمام على ابن القاص إذا شك في خروج وقت الجمعة قبل الشروع فيها وفي وجه أو فيها.

وجمع النووي هذه الصور في تحقيق المذهب. وزاد ثالثة عشرة ورابعة عشرة وهما: إذا شك في نقض وضوء أو صلاة بعد الفراغ، كمن شك هل مسح رأسه وهل صلى الظهر ثلاثاً أو أربعاً، فإنه لا أثر لهذا الشك[1].

والظاهر الأرجح مضي الوضوء والصلاة على الصحة.

واعترض القفال وغيره ابن القاص، وقالوا: لم يعمل بالشك في شيء من ذلك بل بأصول أخر، الظن المستفاد منها أقوى، عاد الشاك إليها عند شكه قلت: وأقرب من هذه المسائل عندي - ولم أر من ذكره - إذا جاء من قدام الإمام واقتدى به وشك. أهو متقدم عليه؟ فالصحيح في شرح المهذب وفي التحقيق أنه يصح. فهذا أصل ترك من غير معارض وهذا مشكل جديد لا جرم قال ابن الرفعة: الوجه ما نقل عن القاضي لأنه لا يصح عملاً بالأصل السالم عن المعارض[2].

وهو قول حكاه النووي في تحقيق المذهب عن الجديد. ويقرب منه مسائل منها الصحيح انقضاء عدة المعتدة بالاقراء بالطعن في الحيضة الثالثة إن طلقها في الطهر والطعن في الرابعة إن طلقها في الحيض. وقيل حتى يمضي يوم وليلة بعد رؤية الدم

= رجع إلى الأصل، وهو الإتمام وفي الخامسة الأصل وجوب الصلاة، فإذا شكت في الانقطاع فصلت بلا غسل لم تتيقن البراءة منها وفي السادسة الأصل أنه ممنوع من الصلاة إلا بطهارة عن هذه النجاسة فلما لم يغسل الجميع فهو شاك في زوال منعه من الصلاة وفي العاشرة إنما بطل التيمم لأنه تـوجه الطلب عليه وفي الحادية عشرة في حل الصيد قولان، فإن قلنا: لا يحل فليس ترك يقين بشك لأن الأصل التحريم وقد شككنا في الإباحة، وقد نقل النووي ذلك في شرح المهذب وقال: وما قاله القفال فيه نظر. وقال في شرح المهذب والصواب في أكثرها مع أبي العباس وهو ظاهر عن تأمله، شرح المهذب ١ / ٢٦٢ - ٢٦٦،

الأشباه والنظائر للسيوطي ٨٠ - ٨١.

(١) شرح المهذب ١ / ٢٢٦، الأشباه والنظائر ٨١.

(٢) وفي نظير هذه المسألة لو صلّى وشك هل تقدم على الإمام بالتكبير أو لا، لا تصح صلاته، وفرق بأن الصحة في التقديم أكثر وقوعاً فإنها تصح في صورتين التأخير والمساواة، وتبطل في المتقدم خاصة والصحة في التكبير أقل وقوعاً، فإنها تبطل بالمقارنة والتقدم وتصح صورة واحدة، وهي التأخر قاله السيوطي.

ليعلم أنه حيض وقيل إن رأت الدم لعادتها انقضت برؤيته، وإن رأته على خلافها اعتبر يوم وليلة.

وهذا متجه، فإن الحكم بكونه قرء فيمن رأته على خلاف العادة طرح اليقين بمجرد الشك لكن يسهل هذا اتفاق الأصحاب على أنا إذا حكمنا بانقضائها بالرؤية فانقطع الدم لدون يوم وليلة ولم يعد حتى مضي خمسة عشر يوماً أنا نتبين أن العدة لم تنقض.

ومنها: إذا شك القاضي في عدالة وصي قرره قاض قبله **[وانفذ تصرفه]**[1] فهل يقر المال في يده، لأن الظاهر الأمانة، أو ينتزعه حتى تثبت عدالته؟

اختلف في ذلك الإصطخري[2] وأبو إسحاق[3]، فقال الإصطخري يقره، وقال أبو إسحاق: ينتزعه.

وهذا هو الذي يظهر ترجيحه. وعلى هذا فقد طرح أصل العدالة وظاهرها بمجرد الشك. ومنها: من **[كان]**[4] له كفان عاملتان أو غير عاملتين فبأيهما مس انتقض وضوءه ومع الشك في أنها أصلية أو زائدة لا تنقض. ولهذا لو كانت إحداهما عاملة فقط انتقض بها وحدها على الصحيح[5].

فإن قلت: أيصح أن ينضم إلى هذه المسائل النوم فإنه يرفع يقين الطهر وليس في

---

(١) سقط من أ والمثبت من ب.

(٢) الحسن بن أحمد بن يزيد أبو سعيد الإصطخري شيخ الشافعية ببغداد ومن أكابر أصحاب الوجوه في المذهب صنف كتاباً حسناً في أدب القضاء توفي في ربيع الآخر سنة ثمان وعشرين وثلاثمائة.
طبقات السبكي ٢ / ١٩٣، وفيات الأعيان ١ / ٣٧٥، طبقات ابن قاضي شهبة ١ / ١٠٩.

(٣) أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي شيخ الإسلام ومدار العلماء الأعلام في زمانه أو أهل الزمان وأكثر الأئمة اشتغالاً بالعلم ولد بفيروز آباد قرية من قرى شيراز في سنة ثلاث وتسعين وثلاثمائة ونشأ بها وصنف المصنفات القيمة وتوفي بها يوم الأربعاء الحادي والعشرين من جمادى الآخرة سنة ست وسبعين وأربعمائة. وفيات الأعيان ١ / ٩، البداية والنهاية ١٢ / ١٢٤، النجوم الزاهرة ٥ / ١١٧، ابن السبكي ٤ / ٢١٥، ابن هداية الله ص ١٧٠.

(٤) سقط من ب.

(٥) الأشباه والنظائر ص ٨٢.

نفسه حدثاً: قلت: لا، لأنه وإن لم يكن في نفسه حدثاً، ولكنه مظنة الحدث، والشارع أقام المظنة، مقام المظنون فليس من هذا الباب.

ومنها: من صلى في مقبرة شك أنها منبوشة فإنه لا يصح على الوجه وعلى هذا ترك أصل عدم النبش بمجرد الشك، لكن الصحيح الصحة.

ومنها: ادعى الغاصب تلف المغصوب صدق بيمينه على الصحيح عند الرافعي[1] والنووي[2] والشيخ الإمام رحمهم الله[3] تعالى قالوا: وإلا، لتخلد الحبس عليه إذا كان صادقاً وعجز عن البينة.

والثاني: يصدق المالك لأن الأصل البقاء[4] قالوا وقل من يقول هذا الوجه قلت: فعلى ما صححه المشايخ - رفع اليقين بمجرد الشك خشية الوقوع في مفسدة تخلد الحبس على غير مستحقه. وهذا عندي مشكل ودعواهم تخلد الحبس ممنوعة بأخذ القيمة للحيلولة. ثم لا حبس.

فصل

مما يتشبث بأذيال تعارض الأصل والظاهر قاعدة يخلطها الأصحاب بها لتقارب مسائلهما. وهي «إذا تعارض أصلان جرى غالباً قولان»[5].

قال الإمام في النهاية - قبيل باب عتق العبيد: لا يخرجون من الثلث ولا ينبغي أن يعتقد الإنسان أن المعنى بتقابل الأصلين تعارضهما على وزن واحد في الترجيح، فإن هذا كلام متناقض إذا كنا نفتي - لا محالة - بأحد القولين إلى أن قال: نعم، من حكم تقابل الأصلين أنه يدقق النظر في محاولة ترجيح جانب على جانب[6].

---

(١) الشرح الكبير ١١ / ٢٨٦.

(٢) روضة الطالبين ٥ / ٢٨.

(٣) فعلى الصحيح، إذا حلف الغاصب، هل للمالك تغريمه المثل أو القيمة؟ وجهان: أصحهما: نعم - المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق.

(٥) الأشباه والنظائر ص ٧٥، المنثور ١ / ٣٣٠.

(٦) قال صاحب الذخائر في باب زكاة الفطر: وعلى المجتهد ترجيح أحدهما بوجه من وجوه النظر فلا يظن أن تقابل الأصلين يمنع المجتهد من إخراج الحكم إذا لو كان كذلك لخلت الواقعة عن حكم الله تعالى وهو لا يجوز.

ذكره في مسألة ما إذا ادعى الغارم نقيضة تنقض القيمة بسببها وأنكر الطالب. حيث قال: فإن قال الغارم: كان عبداً سليماً ولكن غاب قبل أن أعتق نصيبي منه ففي تصديقه قولان.

ولو لم يسلم الغارم السلامة الخلقية، بل قال: خلق أكمه أو بفرد عين، فالذي ذهب إليه الأكثرون أن الغارم يصدق إلى أن قال: وإذا لم يسلم الغارم السلامة، فهذا يخرج عن قبيل تقابل الأصلين، وإن تكلف متكلف وقال: الأصل في الناس السلامة كان مستبعداً. انتهى.

وما ذكره من تعارض الأصل يجري في تعارض الأصل والظاهر.

والحاصل أن التعارض ـ يكون ـ بحيث يدقق النظر، لا كأصل بعيد من أصل قريب، ولا مع ظاهر قوي، ثم لا ينبغي أن يكونا على حد سواء وإلا لفقد الترجيح بل يكون التعارض بحيث يتخيل الناظر في ابتداء نظرة تساويهما ثم إذا دقق نظره وحقق فكره رجح.

وإذا حقق هذا. ظهر الجواب عن كل موضع لا يجري الخلاف فيه.

ولنعد ما يحضرنا من تقابل الأصلين. وذلك في مسائل.

منها: إذا شك في وقت خروج الجمعة، فالأصح يتم جمعة أخذاً بالأصل القريب وهو بقاء الوقت، دون البعيد، وهو الظهر.

وبهذا يظهر الجواب من عدها مما يرفع اليقين فيه بالشك(١).

ومنها: إذا أصدقها تعليم بعض القرآن، ووجدناها تحسنه فقال: أنا علمتها وأنكرت، فقولان، لأن الأصل بقاء الصداق وبراءة ذمته(٢).

ومنها: إذا شككنا فيما أصاب من دم البراغيث، أقليل هو أم كثير؟ فللإمام احتمالان، لأن الأصل اجتناب النجاسة والأصل في هذه النجاسة العفو(٣).

واحتمالا الإمام هذان يشبهان احتماليه فيما إذا وقعت نجاسة في الماء وشك أكثير هو أم قليل، هل ينجس؟

---

(١) المنثور ١ / ٣٣٠.

(٢) والأصح تصديقها.

(٣) وقد رجح في أصل الروضة أن له حكم القليل.

والذي جزم به صاحب الحاوي وآخرون أنه ينجس، لتحقق النجاسة والأصل عدم الكثرة. ورجح النووي أنه طاهر[1]، لأن الأصل الطهارة، وقد شككنا في نجاسة منجسه.

قال: ولا يلزم من النجاسة التنجيس.

ورجح الشيخ زين الدين الكيناني مقالة صاحب الحاوي. ورد على النـووي. ورجح الشيخ الإمام رحمه الله تعالى مقالة النووي ورد على ابن الكيناني. وخرج ابن أبي الصيف اليمني على هذه المسألة فرعاً. وهو قلتان متغيرتان بنجاسة غاب عنهما ثم عاد، ولا تغير. وشك في بقاء الكثرة فقال: إن قلنا بالطهارة فيما إذا شك في بلوغ الماء ـ الذي وقعت فيه النجاسة ـ قلتين، فهنا أولى، وإلا فوجهان، لأن الأصل بقاء الكثرة.

ونازعه الفقيه الحافظ ـ محب الدين الطبري ـ في شرح التنبيـه فقال: لا وجـه للبناء. ولا للخلاف لأن تلك تعارض فيها أصلان فنشأ قولان وهنا الأصل بقاء الكثرة بلا معارض[2].

ومنها: لو أدرك الإمام راكعاً فكبر وانحنى، وشك، هل بلغ الحد المعتبر قبل ارتفاع الإمام عنه: فالأصح لا يكون مدركاً للركعة، لأن الأصل عدم الإدراك.

والثاني: يكون مدركاً، لأن الأصل عدم الرفع[3].

ومنها: أذن المرتهن في البيع ثم ادعى الرجوع قبل البيع فالأصل أنه بيع، ولا رجوع قبله فتعارضا[4].

ومنها: لو تنحنح إمامه فبان منه حرفان، فأحد الوجهين لا يتابعه، لأن الأصـل سلامته وصدور أفعاله عن اختياره فتبطل صلاته لكونـه عامداً، وأصحهما يتـابعه لأن الأصل بقاء العبادة والظاهر احترازه عن مبطلات الصلاة فيحمل على أنه كان مغلوباً.

ومنها: شك في أنها أرضعته الخمس في حـولين أو بعضهما فيمـا دون بعض

---

(١) شرح المهذب ١ / ٢٢٠.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٧٦.

(٣) المصدر السابق والمنثور ١ / ٣٣١.

(٤) المصدران السابقان.

فالأصح لا يثبت التحريم، استصحاباً لأصل الحل دون أصل بقاء الحولين[1].

ومنها: لو باعه عصيراً وأقبضه. ووجد خمراً فقال البائع تخمر في يدك.

وقال: المشتري: بل تسلمته خمراً. فالأصل عدم التخمير وعدم القبض الصحيح وأظهر القولين عند النووي تصديق البائع[2].

ومنها: [إذا][3] ادعى أحد الزوجين التفويض. والآخر التسمية ولم نوجب المهر في التفويض بالعقد. فالأصل عدم التسمية وعدم القبض فتعارض أصلان.

ومنها: ادعى الغاصب بالمغصوب عيباً حادثاً لا خلقياً، ككونه أقطع فأظهر القولين تصديق المالك، لأن الأصل عدم حدوث العيب، والثاني الغاصب لأن الأصل براءة ذمته فما زاد من الغرامة.

ومنها: إذا قال: كان له عليّ كذا، فالأصل الاستمرار والأصل براءة الذمة وفي جعله [بذلك مقراً][4] خلاف مشهور.

ومنها: إذا اطلعنا على كافر في دارنا. [فقال][5]: دخلت بأمان مسلم ففي مطالبته بالبينة وجهان، لأن الأصل عدم الأمان، ويعضده أن الغالب على من يستأمن الاستئناس بالإشهاد.

ويعارضه أن الأصل عدم حقن الدماء ويعضده أن الظاهر أن الحربي لا يقدم على هذا إلا بأمان.

وهذان أصلان متقاومان لاعتضاد كل منهما بظاهر.

ومنها: لو شهد عليه شاهدان بكلمة الكفر. فقال: إنما قلتها مكرهاً فليجدد الإسلام، فإن قتله مبادر قبل التجديد، ففي الضمان وجهان، قال الغزالي: في الوسيط: مأخوذان من تقابل الأصلين: الإكراه، وبراءة الذمة.

---

(١) الأشباه والنظائر ص ٧٠.

(٢) ترجيحاً لأصل استمرار البيع، ويجري القولان فيما لو كان رهناً مشروطاً في بيع... قاله السيوطي...

(٣) سقط من ب.

(٤) سقط من ب.

(٥) سقط من ب.

ومنها: طار طائر. فقال: إن لم أصد هذا الطائر اليوم فأنت طالق ثم اصطاد ذلك اليوم طائراً، وجهل هل هو ذلك أو غيره، ففي وقوع الطلاق تردد حكاه الرافعي في فروع الطلاق لتعارض أصلين: بقاء النكاح، وعدم اصطياده.

ومنها: إذا ضربها الزوج وادعى نشوزها. وادعت هي أن الضرب ظلم.

قال ابن الرفعة: لم أر فيها نقلاً والذي يقوى في ظني أن القول قوله، لأن الشارع جعله ولياً في ذلك.

قلت: تعارض هنا أصلان: عدم ظلمه وعدم نشوزها.

فصل

وإنما قيدنا جريان القولين بالغلبة في قولنا: إذا تعارض أصلان جرى غالباً قولان، لأنه قد يكون الخلاف وجهين، وقد يعتضد أحد الأصلين بظاهر أو أصل آخر يرجحه ويدرأ عنه الخلاف.

وزعم بعضهم أن الخلاف إنما يأتي عند تجرد الأصلين عن مرجح لأحدهما على الآخر، أما إذا ترجح أحدهما جزم به.

وهذا غير مطرد، بل قد يجزم به وقد لا يجزم به، وسنبين ذلك القول في أصلين يعتضد أحدهما بظاهر ثم يجري الخلاف مع ذلك وذلك في مسائل:

منها: إذا قذف مجهولاً وقال: هو عبد. وقال المقذوف: أنا حر فقولان في قبول قول القاذف. وقد تعارض أصل الحرية، المعتضد بظاهر الدار مع أصل براءة الذمة.

ومنها: إذا قطع طرفه ثم ادعى نقصه بشلل أو غيره فالمذهب تصديق المجني عليه في العضو الباطن دون الظاهر عند إمكان أصل السلامة.

ووجه الفرق اعتضاد أحد الأصلين المتعارضين، وهما: السلامة، وبراءة الذمة ـ بظاهر يرجحه.

وفي قول يصدق المجني عليه، قيل: مطلقاً، وقيل: إن ادعى السلامة من الأصل، لا إن ادعى زوال النقص بعد وجوده.

وقيل يصدق الجاني مطلقاً.

ومنها: إذا قدم ملفوفاً وقال: كان ميتاً، وقال الولي: بل حياً فالأظهر تصديق الولي، لأن الأصل بقاء الحياة.

والقول الثاني: يصدق الجاني لأن الأصل براءة الذمة.

وفرق أصحابنا بين أن يكون ملفوفاً على هيئة التكفين، أو في ثياب الأحياء ليعتضد أحد الأصلين بظاهر.

وقال الإمام: إن هذا لا أصل له.

قلت: وهو رأي أبي الحسن الطيبي - من أصحابنا - كما نقله الرافعي عنه وحكى أيضاً - أعني الرافعي - طريقة أخرى عن أبي إسحاق، أنه ينظر إلى الدم السائل، فإن قال أهل الخبرة: هو دم حي صدق الولي، أو دم ميت صدق الجاني.

وهذه الطريقة - مع عزو ذلك الوجه إلى الطيبي - لم يذكر الرافعي في فصل «اختلاف الجاني ومستحق الدم» وهو موضع المسألة، بل قبل كتاب البغاة.

ونقل النووي في زيادة الروضة عن البغوي تفريعاً على تصديق الولي:

أن الواجب الدية دون القصاص.

وأن المتولي قال: هو على الخلاف في استحقاق القود بالقسامة.

قلت: والرافعي حكى في القصاص وجهين ذكرهما قبل كتاب الإمامة.

ومنها مقطوع بعض الذكر إذا أجل بسبب العنة ثم ادعى الوطء في المدة، وأنكرت المرأة، فالأصح أن القول قوله، لأن الأصل بعد وقوع العقد عدم تسلطها على الفسخ.

ويعارضها أصل عدم الوطء المعتضد بالظاهر وهو أن النقصان الذي لحقه يورث ضعف الذكر.

«القول في أصلين تعارضا وجزم بأحدهما»

وذلك في مسائل:

منها: سليم الذكر والأنثيين إذا أجل لأجل العنة ثم ادعى الوطء، في المدة وأنكرت المرأة، يقبل قوله، مع معارضة الأصل عدم الوطء، وما ذاك إلا لأن الأصل -

بعد وقوع العقد ـ عدم تسلطها على الفسخ، مع اعتضاد هذا الأصل بظاهر أن سليم الذكر والانثيين لا يكون عنيناً في الغالب.

ومنها: قالت: سألتك الطلاق بعوض فطلقني عليه متصلاً فأنا منك بائن، وقال: بل بعد طول الفصل ولم تقبلي فلم تحصل بينونة فلي الرجعة فالمصدق الزوج.

قال الشيخ الإمام الوالد ـ رحمه الله ـ ولم يخرجوه على تقابل الأصلين.

فصل

ومما يثبت أيضاً تعارض الأصلين تعارض الظاهرين وذلك في مسائل: منها: اختلاف الزوجين فيما في البيت، فإنه بينهما، لا فرق بين الصالح لهما أو لأحدهما اعتماداً على اليد.

وذهب مالك رحمه الله إلى القضاء لكل واحد بما يصلح له فلا يكون السلاح للمرأة ولا الإزار للرجل.

قال شيخ الإسلام: عز الدين بن عبد السلام وهو مذهب ظاهر متجه.

ومنها: أقرت بالنكاح، وصدقها المقر له بالزوجية.

فالجديد: قبول الإقرار لأن الظاهر صدقهما فيما تصادقا عليه لا فرق بين العربيين والبلديين.

والقديم إن كان بلديين طولبا بالبينة لمعارضة هذا الظاهر بظاهر آخر هو أن البلديين بعرف حالهما غالباً ويسهل عليهما إقامة البينة[1].

فائدة: اختلف الزوجان في الإصابة فالقول قول النافي[2] لاعتضاده بالأصل إلا في مواضع عارض فيها ما هو أقوى منه[3].

منها: ادعت عنته وادعى إصابتها. صدق بيمينه.

ومنها: طالبته في الإيلاء بالفيئة أو الطلاق فادعى أنه فاء، صدق.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٧٩.

(٢) مع يمينه.

(٣) انظر المستثنيات في الاعتناء في الفرق والاستثناء، بتحقيقنا في القاعدة الخامسة والعشرين من كتاب النكاح.

ومنها: أتت بولد يمكن كونه منه، وادعت أنه أصابها، وأنكر، بعد الاتفاق على الخلوة فأظهر القولين تصديقه، والثاني: إنها المصدقة، وعلى هذا يقع الاستثناء.

ومنها: قال لامرأته الطاهرة: أنت طالق للسنة، ثم اختلفا فقال: جامعتك في هذا الطهر فلم يقع طلاق، وأنكرت، فالقول قوله ـ على ما ذكر البوشنجي إسماعيل[1] أنه مقتضى المذهب.

ومنها: إذا قلنا: خيار الأمة بالعتق يسقط بالوطء فادعى الزوج أنه وطء وأنكرت فمن المصدق؟ فيه وجهان.

ومنها تزوجها بشرط البكارة، فوجدت ثيباً، وقالت: افتضني وقال: بل كنت ثيباً.

قال البغوي: القول قولها بيمينها لدفع الفسخ[2]، لا لدفع كمال المهر.

ومنها: إذا طلقها ثلاثاً فادعت أنها تزوجت بزوج وأنه وطئها وأحلها وكذبها الزوج الثاني، فإنها تصدق لحلها الأول وإن لم تصدق لكمال المهر.

فصل

جميع ما قدمناه في استصحاب الماضي في الحاضر [وأما عكسه][3] وهو استصحاب الحاضر في الماضي فهو الاستصحاب المقلوب، ولك أن تعبر عنه برد الأول إلى الثاني، وأن تعبر عن الأول برد الثاني على الأول.

وقد قيل بالاستصحاب المقلوب في مسائل.

---

(١) لأنهما اختلفا في بقاء العدد والأصل بقاؤه ولو ادعت المرأة أن بينها وبين زوجها محرمية وكان التزويج برضاها لم يقبل دعواها والنكاح باق على الصحة لأن إذنها فيه يتضمن صحته إلا أن تدعي الغلط والنسيان فيقبل قولها على المذهب فإن ادعت ذلك وكانت حين التزويج مجبرة فوجهان كما في أصل الروضة ٧ / ٢٤٣ وقال أصحهما. قال ابن الحداد ونقله الإمام عند معظم الأصحاب القول قولها بيمينها وابطال النكاح من أصله وما تقدم من دعواها المحرمية مخالف لما ادعت المرأة التي زوجها أخوها برضاها أنها حين ذلك كانت صغيرة والقول قولها وبه قال القفال والقاضي حسين والبغوي في فتاويهم كما في الروضة ٧ / ٢٤٦ ولو ادعى الأب محرمية الزوج لم يقبل قوله لعدم موافقة الزوجة لأن النكاح حق لها روضة الطالبين ٧ / ٢٤٧.

(٢) روضة الطالبين ٧ / ١٨٠، مغني المحتاج ٣ / ٢٦.

(٣) سقط من أ والمثبت من ب.

منها: مسألة، سمعت الشيخ الإمام الوالد رحمه الله يقول: لم يقل به الأصحاب في سواها، وهي ما إذا اشترى شيئاً فادعاه مدع أو انتزعه منه بحجة مطلقة، حيث أطبقوا إلى ثبوت الرجوع له على البائع، بل لو باع المشتري أو وهب، وانتزع المال من المتهب أو المشترى منه، كان للمشتري الأول الرجوع أيضاً.

وهذا استصحاب الحال في الماضي، فإن البينة لا تنشىء الملك ولكن تظهره، والملك سابق على إقامتها، لا بد من تقدير زمان لطيف له ويحتمل انتقال الملك من المشتري إلى المدعي. ولكنهم استصحبوا مقلوباً. وهو عدم الانتقال منه فيما مضى.

ومنها: على وجه ضعيف إذا وجدنا ركازاً ولم ندر هل هو جاهلي أو إسلامي، أنه يحكم بأنه جاهلي.

ومنها: إذا اختلف الغاصب والمالك في عيب حادث فقال الغاصب، حدث قبل الغصب، وقال المالك: بل عند الغصب فالصحيح أن القول قول المالك وهذا إذا كان تالفاً فإن كان باقياً ـ وهو أعور مثلاً ـ وقال الغاصب: هكذا غصبته قال الشيخ أبو حامد: فالظاهر أن القول قول الغاصب، وسكت عليه الشيخ الإمام وهذا استصحاب مقلوب[1]: ونظيره لو قال المالك: طعامي المغصوب كان جديداً وقال الغاصب: عتيقاً، فالمصدق الغاصب[2].

تنبيه: فبتمام الكلام على هذا الفصل نجز الكلام على قاعدة الاستصحاب. المعبر عنها بأن اليقين لا يرفع بالشك.

ومن أول الكلام إلى هذا الفصل الأخير مخصوص برد الآخر إلى الأول. وهذا الفصل مخصوص برد الأول إلى الآخر.

ولو بسطنا القول في هذه القاعدة لاحتمل سفراً كاملاً، وفيما أوردناه كفاية.

---

(١) المصدر السابق.

(٢) بيمينه فإن نكل حلف المالك ثم له أخذ العتيق لأنه دون حقه روضة الطالبين ٥ / ٢٩، وانظر الأشباه والنظائر للسيوطي / ٨٤

القاعدة الثانية
الضرر يزال[1]

ومن ثم الرد بالعيب[2] والحجر[3] والشفعة والقصاص[4] والحدود والكفارات، وضمان المتلف[5] والقسمة[6] ونصب الأئمة، والقضاة[7] ودفع الصائل وقتال المشركين والبغاة[8].

ويدخل فيها: الضرر لا يزال بالضرر وهو كعائد لعود على قولهم: الضرر يزال - أي يزال ولكن لا بضرر - فشأنهما شأن الأخص مع الأعم في الحقيقة. بل هم سواء، لأنه لو أزيل بالضرر لما صدق الضرر يزال[9].

---

(١) والأصل فيها قوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار» أخرجه الموطأ ٢ / ٧٤٥ مرسلاً كتاب الأقضية باب القضاء في المرفق (٣١)، والبيهقي من رواية أبي سعيد الخدري ٦ / ٦٩ - ٧٠ كتاب الصلح باب لا ضرر ولا ضرار، والدارقطني من رواية أبي سعيد الخدري ٣ / ٧٧ كتاب البيوع.
والحاكم في المستدرك ٢ / ٥٨ كتاب البيوع.
وقال هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه ووافقه الذهبي، وابن ماجة من ابن عباس وعبادة بن الصامت.

(٢) والرد بالعيب فوري، الفورية بالعرف مع ملاحظة أن ما يعده الناس متراخياً يسقط البيع.
وشرط الرد بالعيب.
أولاً: ظهور العيب.
ثانياً: أن يكون العيب من عند غير المشتري وللرد بالعيب طريقان الأول الذهاب إلى الحاكم، الثاني في حالة عدم التمكن من الذهاب إلى الحكم نطق وأشهد عليه.
ومن الملاحظ أن الرد بالعيب كان لدفع ضرر مترتب على ضياع مال المشتري وقد يؤدي عدمه إلى إشاعة الغش فدفعاً لكل ذلك شرع الرد بالعيب.

(٣) وقد شرع الحجر لدفع الضرر وهو التبذير وضابطه العرف فيختلف باختلاف الناس.

(٤) شرع قتل القاتل عامداً مثلاً لئلا تعم جريمة القتل فإن القاتل مع معرفته بالحد يبتعد والمجتمع ليكون قوياً بناءً لا بد من منع عوامل ضعفه.

(٥) شرع لحفظ حق المال لصاحبه الذي أتلف عليه.

(٦) شرعت لدفع الضرر من عدم إمكان التصرف في الحق قبلها وإعطاء كل ذي حق حقه بالضبط.

(٧) أي نصب القضاة وقد شرع لدفع الضرر من عدم استحقاق الحق في بلد واستفحاش الظلم فيه.

(٨) وقد شرع لاستتباب الأمر، واستتباب الأمر قوة واختلاف الأمر ضعف.

(٩) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٦.

ومن فروع قولنا: الضرر لا يزال بالضرر ـ عدم وجوب العمارة على الشريك، وهو القول الجديد (١).

ومنها: الساقط على جريح، يقتله إن استمر قائماً عليه، ويقتل غيره إن انتقل عنه.

قيل: يستمر لأن الضرر لا يزال بالضرر (٢).

وقيل: يتخير الاستواء.

وقال الإمام الحاكم: لا حكم في هذه المسألة.

وتوقف الغزالي:

ومنها إذا وقع في نار تحرقه ولم يخلص إلا بماء يغرقه، ورآه أهون عليه من الصبر على لفحات النار فله ذلك على الأصح.

وشكك ابن عقيل الحنبلي في الفنون على تصوير هذه المسألة وجعل محلها ما لم تمس النار الجسد، أما إذا مسته فالإنسان بالطبع يتحرك إلى خارج، لأن طبع الحيوان الهرب من المحبس، فالحبس غالب على التماثل والنظر في العاقبة، ألا ترى أن من يناله ألم الضرب وبين يديه بئر يوقع نفسه فيها وإن كانت أجدر بهلاكه وما ذاك إلا لأن الضرر فيها ليس بمحس وأطال فيه.

وحاصله أنه لا اختيار ـ حينئذٍ ـ ولا تكليف وكلام ابن عقيل هذا قريب من كلام إمام الحرمين في باب الصيد والذبائح وقد ذكر أنه لو كان صاحب المدية يحركها وكانت

---

(١) والمعنى شريكان في أرض قام أحدهما تحت أرضه وجاء الآخر يريد أن يعمل حاجزاً فوق ما حدد الأول فهل يجب على الأول مشاركته في العمارة فالجديد لا وإلا لزال ضرر بضرر فالضرر من الثاني إرادته التحديد والضرر من الأول دفع المال والقديم نعم باعتبار المناصفة لأنهما شريكان.

(٢) فائدة قال بعضهم المراتب خمسة: ضرورة وحاجة ومنفعة وزينة، وفضول.

فالضرورة: بلوغه حداً إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب وهذا يبيح تناول الحرام.

والحاجة كالجائع الذي لو لم يجد ما يأكله لم يهلك غير أنه يكون في جهد ومشقة، وهذا لا يبيح الحرام ويبيح الفطر في الصوم.

والمنفعة: كالذي يشتهي خبز البر ولحم الغنم والطعام الدسم.

والزينة كالمشتهي الحلوى والسكر والثوب المنسوج من حرير وكتان.

والفضول التوسع بأكل الحرام، والشبهة. أفاده السيوطي رحمه الله.

البهيمة تحك حلقهـا، فحصل قـطع الحلقوم والمـريء بتحاملهـا وتحريـك صاحب السكين يده ما نصه، فالوجه التحريم لاشتراك البهيمة والذابح.

وقد يرد على ما ذكرنا أن من أضجع شاة ليذبحها فإذا أمر بالسكين فقد يضطرب المذبح تحت السكين اضطراباً يؤثر في القطع.

ولو قيل: قد لا تخلو شاة عما ذكرناه لم يكن بعيداً ففتح هذا يوجب تحريماً في معظم الذبائح.

قلنا: هذا التصوير غير سديد، فإن الشاة إذا ربطت فمسهـا حد السكين فـإنها تحبس الحلقوم بطباعها، ولعل من يغفل عن التحرز إذا أصاب عضواً منها مؤلم فتحرز عنه، فإذا الأمر كذلك ولا يمكن ادعاء عموم حركتها في استقبال المدية وما يفرض من اضطراب فهو بعد فري الحلقوم والمريء ولا أثر له، فإن صور مصور اضطراباً يعين على القطع قبل تمام القطع. فهذا مما يجب التحرز منه.

وإن ظهر فعل الذابح وقد أمر خفي يجري مثله في الوساوس فالتعويل على فعل الذابح. انتهى لفظ النهاية، وقد نقله الرافعي ملخصاً إلا أنه جزم بما ذكره الإمام أنه الوجه فأوهم جزمه أن المسألة مسطورة وإنما هي من مولدات الإمام رحمه الله.

ومنها: قطع السلعة المخوفة.

ومنها: إذا مال حائط إلى ملك غيره أو إلى الشارع.

ومنها: حصل فصيل رجل في بيت رجل ولم يمكن إخراجه إلا بنقض البناء فإن كان بتفريط صاحب البيت نقض ولم يغرم صاحب الفصيل شيئـاً، وإن كان بتفـريط صاحب الفصيل نقض. ولزمه أرش النقض وكذا إذا دخل بنفسه على المذهب، وقيل لا أرش عليه.

ولو وقع دينار في محبرة. ولا يخرج إلا بكسرها فإن كان بفعل صاحب المحبرة. كسرت ولا غرم وإن كان بفعل صاحب الدينار أو لا بفعل أحد كسرت. وعلى صاحبه الأرش.

وقال ابن الصباغ: إذا لم يفرط أحد فالتزم صاحب المحبرة ضمان الدينار ينبغي أن لا تكسر. لزوال الضرر بذلك، وهذا الاحتمال عائد في صورة البيت والفصيل.

ولو أدخلت بهيمة رأسها في قدر. ولم تخرج إلا بكسرها فإن كان معها صاحبها فهو مفرط بترك الحفظ، فإن كانت غير مأكولة كسرت القدر وعليه أرش النقص وإن كانت مأكولة ففي ذبحها وجهان.

وإن لم يكن معها أحد فإن فرط صاحب القدر كسرت ولا أرش له، وإلا فيغرم صاحب البهيمة الأرش وتكسر.

هذا ترتيب الأصحاب، وقيد الزبيري في كتاب المسكت المسألة بما إذا كانت المسألة بما إذا كانت قيمة القدر أخف ـ وهو الأغلب ـ أما إذا كانت قيمة القدر أكثر فالأولى ذبح المأكول، ولعل الإطلاق محمول على هذا.

ومنها: إذا التقت دابتان على شاهق. ولم يمكن تخليص واحدة إلا بإتلاف الأخرى[1].

ومنها: ليس للعبد للأمة إجبار السيد على النكاح ولو كانت ممن لا يحل له نكاحها كالأخت على الأصح.

ومنها: لا يجب عليه إعفاف[2] ولده ولا والدته.

ومنها: ليس للمضطر أكل طعام مضطر آخر، ولا قطع فلذة من فخذه وليس له قتل ولده، ولا عبده، وهل له قطع الفلذة من نفسه؟ إن كان الخوف منه كالخوف في ترك الأكل أو أكثر حرم وإلا فلا على الأصح[3].

ومنها: لا تثبت الشفعة فيما لا ينقسم ولو طلب أحد الشريكين قسمة ما في قسمته ضرر لا يجاب.

ولو أراد وضع جداره على حائط جاره منع على الجديد.

[ومنها]: إذا كان بذل الماء لماشية الغير أو زرعه يضر بماشيته أو زرعه لا يجبر على بذله، وهي كثيرة جداً.

---

(١) الأشباه والنظائر ٨٦.

(٢) المراد بالإعفاف، أن يهيء له مستمتعاً بأن يعطيه مهر حرة ينكحها، أو يقول: تزوج وأنا أعطي المهر، وشرط الإعفاف الحاجة إلى النكاح، فإذا ظهرت الحاجة إلى قضاء الشهوة والرغبة في النكاح.

(٣) الأشباه والنظائر ص ٨٦.

ويستثنى من القاعدة :

أصل شرعية القصاص، والحدود، وقتال البغاة، وقاطع الطريق، ودفع الصائل، ومن أكرهك على شيء بغير حق، والفسخ بعيب البيع، والنكاح، والإعسار والإجبار على قضاء الديون، والنفقة الواجبة لعبد أو قريب أو دابة أو زوجة، وله أن يأخذ مال من له عليه مال إذا ظفر بجنسه، وفي غير الجنس خلاف، وللمضطر أن يأخذ طعام غير المضطر وأن يقاتله عليه وإن أتى على نفسه، ويجب بذل الماء لشرب الآدمي المحترم وإن أضر بماشية الباذل وزرعه، وله قطع شجرة الغير إذا حصلت في هواء داره، وإذا ابتلع الميت مالاً لغيره، والمرأة إذا ماتت وفي بطنها ولد، إذا تترسوا بالنساء والصبيان.

ومنها إعتاق الأب.

بعض صور: إذا اشترى أرضاً ووجد فيها حجارة مدفونة.

إذا باع الثمرة للبائع واحتاج إلى السقي.

إذا غرس المفلس، أو قصر، أو صبغ.

أو إذا غرس الغاصب، أو قصر، أو صبغ.

وهي أيضاً كثيرة: حاصلها. دفع أعظم المفسدتين باحتمال أدناهما.

«ومن القواعد المنتزعة من هذه القاعدة أيضاً»

قولهم «الضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها»[1]. ومن ثم جاز بل وجب ـ على الأصح ـ أكل الميتة للمضطر[2] ـ إلا أن يكون الميت نبياً، لأن حرمته أعظم في نظر الشرع من مهجة المضطر غير النبي[3].

ومنها: قولهم: متى أمكن الدفع بأسهل الوجوه لم يعدل إلى أصعبها.

---

(١) بشرط أن تكون الضرورة أكثر من المحظور وأن تكون في نظر الشرع.

(٢) عند المخمصة أي إن لم يأكل لمات قال الله تعالى ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه﴾.

(٣) والتلفظ بكلمة الكفر للإكراه، فالضرورة هنا أعظم من المحظور فأباحت الضرورة المحظور.

وكذا لو عم الحرام قطراً بحيث لا يؤخذ حلال إلا نادراً فإنه يجوز استعمال ما يحتاج إليه ولا يقتصر على الضرورة.

قال الإمام: ولا يرتقى إلى التبسط وأكل الملاذ بل يقتصر على قدر الحاجة.

منها: من وجد زانياً بامرأته فله دفعه بالقتل وإن اندفع بدونه. [كذا][1] قال الماوردي وتبعه صاحب البحر وهو ـ على تقدير تسليمه ـ مقيد بقيد إن تأملته طاح الاستثناء، والقيد أن يكون زمن الدفع بالسيف أقل من غيره لكن تعليلهما يدل على أنه لا فرق بين أن يكون زمن الدفع أقل أو لا، لأن صاحب البحر قال: إذا رآه أوقع [أو][2] أولج جاز أن يبدأ في دفعه بالقتل، وله أن يتعجله لأنه في كل لحظة تمر عليه مواقع بما لا يستدرك بالأناة فجاز من أجلها أن يعجل بالقتل ثم في هذا القتل وجهان أحدهما: أنه قتل دفع، فعلى هذا يختص بالرجال ويستوي البكر والثيب.

والثاني: أنه قتل حد. جوز له أن ينفرد به دون السلطان، لتفرده بالمشاهدة التي لا تتعداه فعلى هذا يدفع الرجل والمرأة المطاوعة. وهل يفرق بين البكر والثيب؟ وجهان أظهرهما لا فرق، ويقتل البكر أيضاً لأن القتل حد وجاز تغليظه حالة مواقعة المعصية، ولأن السنة لم تفرق بين البكر والثيب. ثم إذا قتل عزر، لتفويت القتل على الإمام. قال صاحب البحر: كذا قال أصحابنا [قال][3]: وعندي أن لا يعزر لأنه كان يلزمه. قلت: فعلى القول بأنه قتل حد يزول الاستثناء وقد فرض صاحب الحاوي والبحر المسألة في الزوج يجد من يزني بزوجته لا في كل زان وكأن الأمر غلظ على الزاني [بحضرة][4] الزوج لما فيه من الغيرة فلا يلحق به من وجد يزني بأجنبية إذ ليس فيه من الغيرة ما يحمل على هذا.

ومنها: هل يجوز رمي الناظر في دار إنسان إلى حريمه قبل إنذاره؟ فيه وجهان، أظهرهما عند الرافعي ـ وعبر عنه النووي في أصل الروضة ـ بالأصح ـ الجواز واستدل به صاحب التقريب على أن لا يجب تقديم الكلام في كل دفع، وأنه يجوز للمصول عليه الابتداء بالفعل، وربما روى عنه تخريجه على الخلاف في وجوب استتابة المرتد وذكر الإمام أن مجال التردد الكلام الذي هو موعظة وتخجيل، وقد يفيد، وقد لا يفيد فأما ما يوثق بكونه دافعاً من تخويف وزعقة مزعجة فلا يجوز أن يكون في وجوب البداية به خلاف. قال الرافعي وهذا حسن[5]. قال: وينبغي أن يقال: ما لا يوثق بكونه دافعاً

(١) سقط من ب.
(٢) سقط من ب.
(٣) سقط من ب.
(٤) سقط من ب.
(٥) انظر روضة الطالبين ١٠ / ١٩٢.

ويخاف من البداية به مبادرة الصائل وخروج الأمر من اليد. لا يجب البداية به بلا خلاف[1].

ومنها: من أكره على الطلاق وأمكنه التورية فلم يفعل: فالأصح لا يقع طلاقه لمظنة الاندهاش. وإن لم يندهش. بخلاف من ألقي في الماء. وهو يحسن السباحة. فتركها ولا مانع فلا قصاص. ولا دية على الأصح، لأن العاقل في تلك الحالة لا يندهش عن مدافعة الموت. بل في الطبع المدافعة ما أمكنت حباً للحياة.

ومنها: [إذا][2] أكره على الكفر. على تفصيل ذكره الماوردي.

ومنها: إذا أكره على طلاق إحدى امرأتيه فطلق معينة على وجه [وما][3] إذا أمكنه أن يهرب على وجه.

ومنها: إذا وجد المضطر ميتة شاة وميتة كلب أو حمار فهل يتخير؟ أو يقدم الشاة لأنها أسهل؟ فيه وجهان.

قال النووي[4]: ينبغي ترجيح ترك الكلب والتخيير في الباقي. وقال: إذا وجد العطشان خمراً وبولاً شرب البول كما لو وجد بولاً وماء نجساً شرب الماء[5].

فصل

قدمنا الكلام على قاعدة الضرر يزال. وما يدخل فيها من القواعد الناشئة عن تقابل ضررين وقد يجمع تقابل الضررين اللذين تعين وقوع أحدهما عبارة شاملة، فيقال [من تقلب بين][6] محذورين ما حكمه؟ فإن خص الكلام بمحذورين متساويين من كل الوجوه المعتبرة في نظر الشارع. فهي مسألة أبي هاشم في الساقط على جريح يقتله إن استمر قائماً عليه ويقتل نظيره إن انتقل عنه. وقد قيل: لا حكم لله تعالى فيها. وقيل: حكمه التخيير. وقيل يستمر ولا ينتقل وقيل: بالوقف.

وإن لم يخص شمل محذورين أحدهما أخف من الآخر، ولا يخفى أن ارتكاب الأخف أولى، وهو ما ذكرناه من دفع أعظم المفسدتين بأدناهما وقد تقدم من صوره ما

---

(١) روضة الطالبين ١٠ / ١٩١ ـ ١٩٢.
(٢) سقط من ب.
(٣) سقط من ب.
(٤) روضة الطالبين ٣ / ٢٩٠.
(٥) شرح المهذب ٩ / ٥٠.
(٦) بياض في ب.

يغني، وتبين ما تعين فيه الأدنى والأعلى، وهو الذي تقدم، وما تعين فيه التساوي، وهو مسألة أبي هاشم.

درجات وصور تظهر تارة أنها من هذا القبيل. وتارة أنها من هذا القبيل يعبر عنها بالتقلب بين محذورين.

منها: إذا لم نوجب ركوب البحر في الحج ونحوه. فلو توسطه فهل له الانصراف أم عليه التمادي؟ فيه وجهان، وقيل: قولان ينبنيان على القولين في المحصر إذا أحاط به العدو من الجوانب. هل له التحلل؟ إن قلنا: نعم فله الانصراف، وإن قلنا لا: فلا وهو الصحيح، وموضع الوجهين. ما إذا استوى ما بين يديه وما خلفه في غالب الظن، وكان يمكنه الرجوع إذا تمادى في غير طريق البحر، فإن كان ما بين يديه أكثر لم يلزمه، أو أقل لزمه. وإن أوجبنا ركوب البحر فعرض خطر في توسطه. [لو][1] كان في ابتدائه لم يجب فهل يطرقه ما ذكرناه من الخلاف؟

والتفصيل أن يقطع بوجوب التمادي **[اعتباراً بأوله أو بعدم التمادي]**[2] اعتباراً بأخره، فإن الركوب في الصورة الأولى كان حيث لا وجوب وحيث لا وجوب يحرم الركوب إن غلب الهلاك، وكذا إن استوى الحال على الأصح فيكون ركوبه عدواناً. **[وفي هذا]**[3] كله نظر واحتمال، ولم أجده مسطوراً.

ومنها: إذا اشترى الكافر كافراً من كافر فأسلم قبل القبض، قال الإمام: لا ينفسخ لأنه كيفما تقلب انقلب إلى كافر: وقد يقال: ليس هذا الفرع من هذا القبيل، لأن الفسخ وعدمه ليس إلى العبد حتى يقال: تقليب بين محذورين.

القاعدة الثالثة

وإن شئت قلت: السادسة. المشقة تجلب التيسير وإن شئت قلت: إذا ضاق الأمر اتسع.

وقد عزا الخطابي هذه العبارة إلى الشافعي - رضي الله عنه - عند كلامه على

---

(١) في ب أو.
(٢) سقط من أ والمثبت من ب.
(٣) سقط في ب.

الذباب يقع في الماء القليل، ويقرب منها «الضرورات تبيح المحظورات» ومن ثم التيمم والمسح وصلاة المتنفل قاعداً، والرخص جميعها، إسقاطاً وتخفيفاً. ومن فروعها: لو تنجس الخف بخرزه بشعر الخنزير فغسل سبعاً إحداهن بتراب طاهر [طهر] ظاهره دون باطنه وهو موضع الخرز.

قال الرافعي في باب الأطعمة وقيل كان الشيخ أبو زيد يصلي في الخف النوافل دون الفرائض فراجعه القفال قال: الأمر إذا ضاق اتسع.

قال الرافعي: أشار إلى كثرة النوافل، وقال النووي: بل إلى عموم البلوى بذلك ومشقة الاحتراز منه، فعفي عنه مطلقاً. وكان لا يصلي فيه الفريضة احتياطاً لها، وإلا فلا فرق بين الفرض والنفل في اجتناب النجاسة.

قلت: لم يبين لي في كلام النووي مخالفة لكلام الرافعي بل في قول الرافعي أنه إشارة إلى كثرة النوافل ما يرشد إلى ما قاله النووي من أن كثرتها أوجبت التساهل فيها تيسيراً وقد حاول ابن الرفعة - في باب مسح الخف تأييد كلام أبي زيد بأن الداخل من مواضع الخرز انسد بالخيط، فصار في حكم الباطن والنجاسة في الباطن لا تمنع الصحة بدليل [أن][1] ظاهر النص صحة الصلاة في جلد الميت المدبوغ وإن قلنا: إن الدباغ لا يطهر باطنه وأطال ابن الرفعة في ذلك وقد يقال عليه: لو كان أبو زيد يرى أن نجاسة الباطن لا تمنع الصحة لصلى فيه الفرض والنفل جميعاً، ويجاب عن هذا بأنه أمر ظني فاحتيط فيه للفرض.

ومنها: القادر على تحصيل البدل والمبدل الفاقد لهما، هل يجب عليه تحصيل المبدل كما لو وجده، أو له أن يحصل البدل لكونه إذا حصله صار واحداً له دون المبدل؟ فيه تردد في صور.

منها: لو لم يكن في إبله بنت مخاض عدل إلى ابن لبون بالنص، فلو فقدهما فهل يتعين شراء بنت مخاض أو له أن يشتري ابن لبون فيه وجهان.

---

(١) سقط في ب.

القاعدة الرابعة

الرجوع إلى العادة[1]:

ومن ثم مقادير الحيض[2] والنفاس[3] والطهر[4] وقصر الزمان وطوله عند البناء على الصلاة أو الأشياء وتناول الثمار الساقطة[5] من الأشجار المملوكة في الطريق وأخذ طرف هدية لم يعتد رد مثله، وحمل الاذن في النكاح على الكفوء، ومهر المثل واعتماد العرف في قدر القليل والكثير من دم البراغيث وفي قدر الموالاة بين الصلاتين لمن جمع تقديماً، وخفة اللحية وكثافتها في الوضوء وعادة الرماة في مسافة الغرض المرمي إليه، ومقدار [ثواب] الهدية في وجه ومسألة الغسال، وقدر المحقرات في البيع وإعادة تعليم من نسي ما علم من قرآن واستأجر على تعليمه وإذا استأجر على رعي قطيع من الغنم. هل يجب بيان العدد أو يكتفى بما جرت العادة أن يرعاه الواحد ويحمل قول العاقد ـ أجرتك سنة ـ على المتصلة بالعقد، وإيجاب السرج والإكاف في استئجار دابة للركوب وكذلك الغطاء الذي يستظل به[6]، واعتبار ثلاثمائة ذراع بين الإمام والمأموم ـ على القول بأنه مأخوذ من العرف ـ وهو الصحيح. ولو شافهته امرأته بما يكره من شتم وسب فقال: إن كنت كذلك فأنت طالق فإن قصد المكافأة طلقت في الحال، وإن لم توجد

---

(١) قال القاضي: أصلها قوله ﷺ ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن..
قال العلائي: ولم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً، ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف، والسؤال، وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود موقوفاً عليه أخرجه أحمد في مسنده الأشباه والنظائر (٩٩).

(٢) سن الحيض أقله تسع سنين قمرية تقريباً. وقال الإمام الشافعي رضي الله عنه: أعجل من سمعت من النساء تحيض نساء تهامة يحضن لتسع سنين أي تقريباً لا تحديداً، فيسامح قبل تمامها بما لا يسع حيضاً وطهراً، أما إن وسع طهراً وحيضاً فلا يسامح بل تعتبر من سن الحيض ويلاحظ من قول الشافعي أنه عرف أقل سن الحيض بالاستقراء وهو من الأدلة الشرعية، وفي سن الحيض هذا حكّمنا العادة.

(٣) أقل النفاس مجة، وأكثره ستون يوماً، وغالبه أربعون يوماً.

(٤) وأقل الطهر خمسة عشر يوماً ولا حد لأكثره.

(٥) فالمحكم في هذا الساقط العرف.
فإذا أباح عرف الناس أكل الساقط حل أكله وإلا فلا، ومحل تحكيم العادة إذا لم يكن هناك دليل على المنع كسوء وإلا حرم تناول الساقط.

(٦) أي إذا اقتضت العادة بوجوب وضع السرج وما تحته من إكاف فلا بد منه وإلا فلا تجب وذلك إن اطرد العرف فإن اضطرب فلا بد من البيان فإن خالف المؤجر العرف يفسخ عقد الإجارة.

الصفة أو قصد التعليق طلقت بتلك الصفة بالرجوع إلى العرف إذا طلق، والعرف يقتضي ذكر ذلك للمكافأة[1].

قال [الرافعي][2]. . . يحتمل وجهين واتباع اللفظ أولى.

والمنكوحة الرقيقة إذا كانت جميلة تخدم في العادة، لم يجب إخدامها. وقيل يجب للعادة.

ومنها: كتب المراسلات، قال ابن الصباغ في باب الوليمة من الشامل: حكى القاضي أن بعض أصحابنا قال: لا يملكها المكتوب إليه ولكن له الانتفاع بها بحكم العادة الجارية في إباحة ذلك.

فصل

واشتهر عند الفقهاء أن ما ليس له ضابط في اللغة ولا في الشرع يرجع فيه إلى العرف وهذا صريح في تقديم اللغة على العرف وعند الأصوليين أن العرف مقدم على اللغة[3].

---

(١) روضة الطالبين ٨ / ١٨٥، الاعتناء في الفرق والاستثناء في كتاب الطلاق.

(٢) في ب الغزالي.

(٣) قال في التكملة من القواعد المشتهرة على ألسنة الفقهاء أن ما ليس له حد في الشرع ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف. قال والذي في شرح المهذب وليس مخالفاً لما يقوله الأصوليون من أن لفظ الشارع يحمل على المعنى الشرعي ثم العرفي ثم اللغوي، قال: والجمع بين الكلامين إذا تعارض معناه في العرف ومعناه في اللغة قدمنا العرف ومراد الفقهاء إذا لم يعرف حده في اللغة فإنا نرجع فيه إلى العرف ولهذا قال كل ما ليس له حد في اللغة ولم يقولوا ليس له معنى فالمراد أن معناه في اللغة لم ينصوا على حده بما يبينه فيستدل بالعرف عليه.

قلت: وإذا تعارضت الحقيقة الشرعية واللغوية ففيه مذاهب: أحدهما يحمل على الشرعي وصححه ابن الحاجب وهو مذهب الحنفية لأن المعنى الشرعي الحقيقي وهو الذي وضع له اللفظ في اصطلاح مخاطب الشرع فيتعين حمل اللفظ عليه.

والثاني يكون مجملاً.

والثالث قاله الغزالي إن ورد في الإثبات حمل على الشرعي لأن النبي ﷺ مبعوث لبيان الشرعيات وإن ورد في النهي حمل على اللغوي. وإن شئت مزيد تفصيل فارجع إلى نهاية السؤال مع حاشية الشيخ بخيت ٢ / ٢٠٠ وما بعدها.

ولا منافاة بين الأمرين لعدم تواردهما على محل واحد كما قررناه في شرحي المختصر والمنهاج وحكيناه عن الشيخ الإمام تغمده الله برحمته.

ومن ثم مسائل:

منها: التفرق القاطع لخيار المجلس. فإن لفظ التفرق ورد من الشارع ولم يبين حده، فيجب حمله على ما يعد تفرقاً في العرف.

ومنها: الحرز في السرقة.

ومنها: الإحياء.

ومنها: الاستيلاء في الغصب، اتفق الأصحاب على أن المرجع في كون الفعل استيلاء وغير استيلاء إلى العرف.

فصل

العادة في الحيض على أربعة أنواع(١).

أحدها: ما يثبت بمرة على الصحيح وهو قدر الحيض، وفي وجه بمرتين وفي [ثالث](٢) بثالث.

النوع الثاني: عادة تثبت بمرة بلا خلاف وهي الاستحاضة، لأنها علة مزمنة فالظاهر أنها إذا وقعت دامت(٣)، وعادة تثبت بمرة ولكن على الصحيح وهي ما ذكرناه في المستحاضة المردودة إلى عادتها.

والثالث: عادة لا تثبت بمرة ولا بمرات وإن تكررت بلا خلاف، وصورتها منقطعة الدم إذا رأت يوماً دماً ويوماً نقاء واستمرت بها الأدوار هكذا وقلنا: بقول اللقط، وأطبق الدم على لون واحد. فإنا لا نلتقط بها قدر أيام الدم بلا خلاف. وإنما يحيطها ما كنا نجعله حيضاً بالتلفيق، قال الإمام والاحتمال فيه أدنى مجال. وكذا لو ولدت مراراً ولم تر نفاساً ثم ولدت ويطبق الدم وجاوزت ستين يوماً فإن عدم النفاس لا يصير عادة لها بلا خلاف بل هي مبتدأة في النفاس(٤).

---

(١) قاله الإمام والغزالي وغيرهما.

(٢) وفي ب وجه.

(٣) وسواء في ذلك المبتدأة والمعتادة والمتحيرة.

(٤) الأشباه والنظائر ص ١٠٠، والمنثور للزركشي ٢/٣٥٩.

والرابع: عادة لا تثبت بمرة ولا [بمرات][1] على الأصح.

وصورتها: التوقف بسبب تقطع الدم، إذا كانت ترى يوماً دماً ويوماً نقاء فإن الانقطاع الثاني والثالث وما بعده إلى آخر الخمسة عشر لا يخرج على الخلاف في ثبوت العادة بالمرة وهي الانقطاع الأول، بل تمر بما تمر به الطاهرات بمجرد الانقطاع، بخلاف الشهر الثاني فإنه مخرج على الخلاف لأن الشهر الأول قد أثبت عادة في الانقطاع فهذه عادات باب الحيض الأربع.

فصل

جزموا في الكلب المعلم بأنه لا بد من تكرار يغلب على الظن أنه عادة ولا يكفي مرة واحدة قطعاً وفي المرتين خلاف، وكذلك في الثلاث[2]، وجزموا باشتراط التكرار في القائف[3]، وفي اختبار الصبي قبل البلوغ[4]، ونظائره كثيرة،

ومنها: فرعان لم أر فيهما نقلاً.

أحدهما: أن القاضي لا يقبل الهدية ممن لم يكن له عادة قبل الولاية، ولا ممن كانت له عادة ما دامت له خصومة[5]. بماذا تثبت العادة المذكورة؟

ولم أجده مسطوراً وكلام الأصحاب يلوح بثبوتها بمرة واحدة ولذلك عبر [الرافعي][6] بقوله: تعهد منه الهدية، والعهد صادق بمرة[7].

والثاني: أنهم حرموا صوم يوم الشك ما لم يوافق عادة له[8]، كما إذا كان يصوم

---

(١) في ب مراد.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٠، المنثور للزركشي ٢/٣٥٩.

(٣) وهل يكتفى بمرتين أو لا بد من ثلاث وجهان رجح الشيخ أبو حامد وأصحابه اعتبار الثلاث وقال إمام الحرمين لا بد من تكرار يغلب على الظن به أنه عارف.
المصدر السابق والمنثور ٢ / ٣٦١.

(٤) بالمماسكة قالوا: يختبر مرتين، فصاعداً حتى يغلب على الظن رشده المنثور ٢ / ٣٦٠.

(٥) روضة الطالبين ١١ / ١٤٣.

(٦) وفي ب الرافعي عنه.

(٧) ١١ / ١٤٣.

(٨) أخرجه البخاري ومسلم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال ﷺ: لا يتقدمن أحدكم رمضان بصوم يوم أو يومين إلا رجل كان يصوم صوماً فليصم ذلك اليوم البخاري ٤ / ١٢٨ في كتاب=

الاثنين والخميس مثلاً فصادف يوم الشك أحدهما أو يصله بما قبله.

بماذا تثبت العادة المذكورة؟ لم أجده[1].

وكذا في الصيام بعد انتصاف شعبان[2].

القاعدة الخامسة

الأمور بمقاصدها.

وأرشق وأحسن من هذه العبارة: قول من أوتي جوامع الكلم ﷺ «إنما الأعمال بالنيات»[3].

= الصوم / باب لا يتقدم رمضان بصوم يوم ولا يومين حديث (١٩١٤)، ومسلم ٢ / ٧٦٢ كتاب الصيام / باب لا تقدموا رمضان بصوم يوم ولا يومين حديث (٢١ / ١٠٨٢).

(١) قال السيوطي وقال الإمام في الخادم: لم يتعرضوا لضابط العادة فيحتمل ثبوتها بمرة أو بقدر يعد في العرف متكرراً.

(٢) لحديث الرسول ﷺ «إذا انتصف شعبان فلا تصوموا». أخرجه أبو داود ٢ / ٢٧١ في كتاب الصوم / باب في كراهية وصل شعبان برمضان (٢٢٣٧) والترمذي ٣ / ١١٥ في الصوم / باب ما جاء في كراهية الصوم في النصف الثاني من شعبان حديث (٧٣٨)، وابن ماجة ١ / ٥٢٨ في الصيام / باب ما جاء في النهي أن يتقدم رمضان بصوم حديث (٦٥١).

(٣) أخرجه البخاري ١ / ٩ في كتاب بدء الوحي / باب كيف بدء الوحي إلى رسول الله ﷺ حديث (١) وأخرجه مسلم ٣ / ١٥١٥ ـ ١٥١٦ في كتاب الإمارة / باب قوله ﷺ «إنما الأعمال بالنية» (١٥٥ / ١٩٠٧) قال أبو عبيدة: ليس في أخبار النبي ﷺ شيء أجمع وأغنى وأكثر فائدة منه واتفق الإمام الشافعي وأحمد بن حنبل وابن مهدي وابن المديني وأبو داود والدارقطني وغيرهم على أنه ثلث العلم بأن كسب العبد يقع بقلبه ولسانه وجوارحه فالنية أحد أقسامها الثلاثة وأرجحها لأنها قد تكون عبادة مستقلة وغيرها يحتاج إليها

وكلام الإمام أحمد يدل على أنه أراد بكونه ثلث العلم أنه أحد القواعد الثلاث التي ترد إليها جميع الأحكام عنده فإنه قال: أصول الإسلام على ثلاثة أحاديث حديث الأعمال بالنية وحديث «من أحدث في أمرنا هذا ليس منه فهو رد» وحديث «الحلال بين والحرام بين» وقال أبو داود مدار السنة على أربعة أحاديث حديث ـ الأعمال بالنيات. . ، وحديث «من حسن إسلام المرء تركه ما لا يعنيه»، حديث «الحلال بين والحرام بين»، حديث «إن الله طيب لا يقبل إلا طيباً» وفي لفظ عنه: يكفي الإنسان لدينه أربعة أحاديث فذكرها وذكر بدل الأخير حديث «لا يكون المؤمن مؤمناً حتى يرضى لأخيه ما يرضى لنفسه» وحكى الحفاف من أصحابنا في كتاب الخصال عن ابن مهدي وابن المديني: أن مدار الأحاديث على أربعة: «الأعمال بالنيات»، «لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاثة»، «بني الإسلام على خمس»، «البينة على المدعي واليمين على من انكر» وقال ابن مهدي أيضاً: حديث النية يدخل في ثلاثين باباً من العلم، وقال الشافعي: يدخل في سبعين باباً.

ومن ثم وجوب النية حيث تجب.

وإذا كان عليه دينان بأحدهما رهن، فأدى أحدهما. ثم قال: أديت عن المرهون. فقال الدائن: بل على الآخر. صدق الدافع.

وصرح الإمام والرافعي والشيخ الإمام الوالد رحمه الله وغيرهم بأنه لا بد في أداء الديون من نية التمييز.

قال الشيخ الإمام: وعلى هذا إذا نوى ديناً وبان أنه ليس عليه لا يقع عن غيره وقاعدة النية طويلة الذيل. متسعة الأنحاء. ويدخل فيها قاعدة. ما تعمل فيه النية قال الإمام في الأساليب: «موضوع اللفظ يحتمل النية بالإجماع كلفظ العين والقرء إذا نوى أحد مسمياته، واللازم لا يحتملها إجماعاً كما إذا نوى زمان الطلاق ومكانه، والمدلول محل الخلاف كما إذا نوى بقوله: أنت طالق، عدداً، يقع عندنا، خلافاً لأبي حنيفة، ولهذا اختلف الأصوليون في قوله: والله لا آكل إذا نوى بعض المأكولات هل يختص يمينه؟ فهل يقوم عموم المدلول مقام اللفظ مع اتفاقهم على أن تعيين زمان الأكل. ليس في يمينه والصحيح إلحاق المدلول بالموضوع، لأنه مراد اللافظ فله التصرف فيه. انتهى.

ومراده بالإجماع في اللازم إجماع الإمامين الشافعي وأبي حنيفة وقد يعترض بما روي عن البويطي[1] فيمن قال: أنت طالق بمكة أو في مكة أو البحر. تطلق في الحال إلا أن يريد إذا حصلت هناك، وكذا لو قال في الظل وهما في الشمس.

قال: بخلاف ما إذا كان الشيء منتظراً غير حاصل كقوله في الشتاء وهما في الصيف. لا يقع حتى يجيء الشتاء.

---

(١) أبو يعقوب يوسف بن يحيى القرشي البويطي منسوب إلى بويط من قرى مصر من الصعيد الأدنى وكان من عظماء أصحاب الشافعي رضي الله عنه وخليفته بعده وكان الشافعي رضي الله عنه يقول ليس أحد أحق بمجلسي من أبي يعقوب وليس أحد من أصحابي أعلم منه. توفي في السجن سنة اثنتين وثلاثين ومائتين في رجب يوم الجمعة قبل الصلاة وقيل إحدى وثلاثين ومائتين، وفيات الأعيان ٦ / ٦٠، تاريخ بغداد ١٤ / ٢٩٩، ابن السبكي ١ / ٢٧٥، ابن هداية الله ص ١٦، شذرات الذهب ٢ / ٧١، تهذيب التهذيب ٩ / ٤٢٧.

وحكى صاحب الذخائر[1] وجهين فيما إذا أطلق قوله أنت طالق بمكة.

أحدهما: يتخير.

والثاني: يتقيد بالحلول في مكة.

ونص الشافعي فيمن قال: إن كلمت زيداً فأنت طالق، وقال أردت شهراً، [بأنه][2] لا يقع الطلاق باطناً. قال الغزالي في [الوسيط][3] لأن اللفظ العام كالعام في الأزمان كلها. واعلم أن الكلام على قول الإمام ـ هذا ـ يستدعي في الكلام فيما يدين المرء فيه وما لا يدين، وقد ذكره الأصحاب في كتاب الطلاق ونحن نعقد له فصلاً في آخر هذه القاعدة.

فصل

يدخل في قاعدة النية أيضاً: قاعدة اللفظ في النية. وقد ذكرها الشيخ الإمام الوالد رحمه الله في باب التيمم من شرح المنهاج.

فقال: كل ما لا يجب التعرض له جملة وتفصيلاً. فإذا عينه وأخطأ لم يضر كتعيين مكان الصلاة وزمانها، كما إذا عين الإمام من يصلي خلفه، أو صلى في الغيم ونوى الأداء فبان خروج الوقت[4].

وكل موضع يجب فيه التعيين فالخطأ فيه مبطل[5]، كالخطأ من الصوم إلى الصلاة ونحوه [كل][6] موضع يجب فيه التعرض له جملة ولا تجب تفصيلاً فإذا عينه وأخطأ

---

(١) مجلى بن جميع بن بخا القاضي أبو المعالي المخزومي الأرسوفي الأصل المصري تفقه على الفقيه سلطان المقدس تلميذ الشيخ نصر وبرع وصار من كبار الأئمة ومن تصانيفه الذخائر قال الاسنوي وهو كثير الفروع والغرائب إلا أن ترتيبه غير معهود متعب لمن يريد إستخراج المسائل منه وفيه أيضاً أوهام وقال الأذرعي: إنه كثير الوهم.
توفي في ذي القعدة سنة خمسين وخمسمائة.
الاسنوي ١٨٤، ابن السبكي ٤ / ٣٠٠، وفيات الأعيان ٣ / ٣٠٠، البداية والنهاية ١٢ / ٢٣٣، شذرات الذهب ٤ / ١٥٧.

(٢) في ب فإنه.

(٣) سقط في ب.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧.

(٥) المصدر السابق.

(٦) وفي «ب» وكل.

تبطل، فلو نوى الاقتداء بزيد فبان عمروا أو الصلاة على زيد الميت فبان عمروا لم يصح، فلو قال في المسألتين زيد هذا فوجهان لتعارض الإشارة والعبارة كبعتك هذا الفرس فبان بغلاً، وزوجتك هذه الشابة فكانت عجوزاً.

والأصح في الصلاة والنكاح الصحة تغليباً للإشارة، وفي البيع البطلان تغليباً للعبارة. وهنا بحثان للشيخ الإمام رحمه الله.

أحدهما: فيما إذا نوى الاقتداء بزيد فبان عمروا قال: ينبغي بطلان نية الاقتداء، لا نية الصلاة وإذا بطل الاقتداء فإن تابعه يخرج على متابعة من ليس بإمام بل ينبغي هنا الصحة، وجعل ظنه أنه إمام عذراً[1].

وثانيهما: قد يقال: إذا كان الواجب مطلق نية الكفارة أو مطلق الزكاة أو مطلق الاقتداء فعين وامتنع حصول المعين لأجل الخطأ فالمطلق في ضمنه فلم لا يخرج على أن الخصوص إذا بطل هل يبطل العموم؟ ثم أجاب بوجهين.

أحدهما: أن الواجب ليس مجرد المطلق. بل لا بد من تعيين ما، كالإمام الحاضر، والميت الحاضر، فإذا نوى ما ليس كذلك. كان مبايناً. لا أخص.

والثاني: أن الخصوص هنا باعث، ولا يلزم من كون الخصوص باعثاً كون العموم باعثاً إذ لا يلزم من عليه المجموع عليه الجزء.

فصل

ويدخل فيها أيضاً قاعدة: النية لتمييز العبادات على العادات ولتمييز مراتب العبادات بعضها عن بعض.

فالأول: كالجلوس في المسجد، يتردد بين الجلوس للاعتكاف والجلوس للاستراحة، وكالوضوء والغسل يتردد بين التبرد والتنظيف والقربة فلولا النية لما تميزت العبادة عن غيرها ولا حصلت[2].

---

(١) وتابعه الاسنوي في المهمات على هذا البحث وقد أجيب بأنه قد يقال فرض المسألة حصول المتابعة فإن ذلك شأن من ينوي الاقتداء والأصح في متابعة من ليس بإمام البطلان.

(٢) وأيضاً الإمساك عن المفطرات قد يكون للحمية والتداوي، أو لعدم الحاجة إليه.

ودفع المال للغير قد يكون هبة أو وصلة لفرض دنيوي، وقد يكون قربة كالزكاة، والصدقة، والكفارة، =

فصل

ويدخل في هذه العبارة قاعدة: كل نية يجب مقارنتها لأول العمل إلا الصوم لأن الحرص على مقارنته يخشى منه عدم مقارنته. [**لأول زمانه، ولذلك لم تجب**][1] للطف زمانه. ولذلك لم تجب المقارنة فيه على وجه فاجتذب صورة الصوم هذان المأخذان، [**ويرجح**][2] الثاني، فقطع إلحاقه بالأول. وإلا الزكاة، وإلا الكفارة إذا أخرجها الموكل ونوى ولم ينو الوكيل على وجه[3]، وهنا سر لطيف، وهو أنه إذا حصلت النية التي بها تميزت العبادة عن العادة فقد يقارنها أمر يقوي كونها مميزة ونية، أو يضعف ذلك.

فهذان قسمان.

أولهما: المقارن المقوى وذلك هو الإخلاص وهو أمر وراء النية زائد عليها. يلزم من حصوله حصولها ولا عكس، فمن أخلص نوى، ومن لم ينو لم يخلص. فالإخلاص أخص من النية، والنية قصد الفعل مع زيادة كونه لله تعالى وهو كمال في النية. من هنا يظهر لك أن الأصح عدم وجوب الإضافة إلى الله تعالى في نية الصلاة والصوم، لأن النية تتحقق بدون الإخلاص والذي يوجبه الفقهاء إنما هو النية، أما تخليصها من الشوائب وإضافتها إلى رب المشارق والمغارب فكمال زائد وفضل آخر ومن أوجب التعرض لذلك اشتبه عليه الإخلاص بالنية، فظنه أحد أركانها. فتاوى الصلاة إذا قصد صلاة الظهر هذه فقد كفاه ذلك تمييزاً لها عما عداها، ولا يكفيه نية فريضة الوقت عن نية الظهر مثلاً ـ على الأصح ـ لعدم حصول التمييز فقد تكون فائتة يتذكرها يشاركها في كونها فريضة الوقت.

وثانيهما: المقارن المضعف، فقد ينتهي حاله إلى أن تبطل النية بالكلية وقد لا

= والذبح قد يكون بقصد الأكل وقد يكون للتقرب بإراقة الدماء، لتمييز القرب من غيرها، ومن ثم ترتب على ذلك أمور.

أحدها: عدم اشتراط النية في عبادة لا تكون عادة أو لا تلتبس بغيرها كالإيمان بالله تعالى والمعرفة والخوف والرجاء وقراءة القرآن والأذكار، لأنها متميزة بصورتها، نعم يجب في القراءة إذا كانت منذورة لتمييز الفرض من غيره نقله القمولي في الجواهر عن الروياني وأقره السيوطي الأشباه ص ١٣.

(١) سقط في ب.

(٢) وفي «ب» ويترجح.

(٣) انظر المنثور للزركشي ٣/٢٩٤.

ينتهي مثال المنتهي: ذبح الأضحية لله ولغيره، فانضمام غيره يوجب حرمة الذبيحة، إلا أن يضمه لمعنى غير الذبح له.

وأما ما لا ينتهي: فقد يكون المنضم غير قربة كنية التبرد مع نية الوضوء فلا تبطل في الأصح وكنية الصلاة ودفع الغريم، فلا تبطل أيضاً، على ما نقله النووي في زوائد الروضة[1] في باب الوضوء عن صاحب الشامل ورأيت أن القاضي أبا منصور ابن أخي صاحب الشامل - قد خرج فيها وجهين في ضم نية التبرد إلى نية الوضوء.

وقد يكون قربة. كما لو كبر الإمام وقصد مع التحريم إعلام القوم. فلا تبطل جزماً ولا يجيء فيه وجه التبرد لأن المنضم هنا مطلوب للشارع، ونفس تكبيرة الإحرام لا نية لها تختص بها، وإنما النية لمجموع الصلاة وتكبيرة الإحرام محلها.

وأما الثاني: وهو قولهم :ولتمييز مراتب العبادات بعضها عن بعض فكتمييز صلاة النفل. عن الفرض. والراتب عن المطلق، ومن ثم وجوب التعرض لفريضة الصلاة والصوم على الأصح.

فصل

ويدخل في هذه العبارة قاعدة: «كل مفروضين فلا تجزيهما نية واحدة إلا الحج والعمرة» وألحق القفال بقية العبادات بالمفروضات ونقض عليه نية غسل الجنابة. والجمعة والعيد والاستسقاء فإنها تحصل.

فصل

ويدخل فيها أيضاً قاعدة: ما تميز بنفسه لا يحتاج إلى نية. ومن ثم لم يحتج الإيمان والعرفان والأذان والأذكار، والقراءة إلى نية التقرب بل [كفى][2] مجرد القصد ليخرج الذاهل، فإنه غير فاعل في الحقيقة.

وحكى صاحب البحر في باب إمامة المرأة وجهين في احتياج الوقوف بعرفة والأذان إلى نية[3]. والمعروف في المذهب - على ما ذكره الرافعي في كتاب الإجارة

---

(١) جـ ١ ص ٥٠ شرح المهذب ٣ / ٢٨٩.

(٢) سقط من «ب».

(٣) المنثور ٣ / ٢٩٨.

وجزم به ابن عبد السلام في القواعد ـ أن الأذان لا يحتاج إلى نية، ووقوف عرفة أولى منه بعدم الاحتياج.

أما المتروك: كترك الزنا وغيره فلا يحتاج إلى نية البتة لمجرد القصد ولا غيره بل يحصل اجتناب المنهي بكونها لم توجد وإن لم يقصد شيئاً، ولا يتعرض بأن من خطرت المعصية بباله ونوى الكف عنها يثاب، فدل أن للنية مدخلاً في [الثواب][1] ثم على نية التقرب والكف الذي هو فصل يتردد بين الأصلين. إزالة النجاسة شابهت الأذان من حيث انها نعل، وترك من حيث انها قريبة من التروك وغلبت هذه المشابهة، فلا يفتقر إلى النية، خلافاً لابن سريج وأبي سهل الصعلوكي: حيث اشترطاها إلا في الاستنجاء بالحجر.

نقل هذا الاستثناء عنهما صاحب التتمة وادعى نفي الخلاف فيه.

القول في مباحث نختم بها الكلام على قاعدة النية لتشبثها بأذيالها

المباحثة الأولى.

هل يشترط لتحقيق النية وصحتها ـ قدرة الناوي على المنوي وإمكان حصوله أو لا يشترط؟ فيه نظر واحتمال مستمد من مسائل:

منها: لو تبع العبد، أو الزوجة أو [الجندي][2] مالك أمره في السفر، ولا يعرف مقصده ونووا مسافة القصر قال في المنهاج[3] قصر الجندي دونهما ـ يعني فيما قبل المرحلتين وكذا ذكر في الروضة[4]، إلا أنه قال قبل ذلك: لو نوى العبد أو الزوجة أو [الجيش][5] ولم ينو السيد ولا الزوج ولا الأمير ـ فأقوى الوجهين أن لهم القصر، وظاهره في الجيش يخالف ما ذكره في الجندي.

قال الشيخ الإمام والدي [رحمه الله][6] والذي يقتضيه الفقه أن الجندي الخارج

---

(١) في ب للتوقف.
(٢) سقط في ب.
(٣) مغني المحتاج ١ / ٢٦٨.
(٤) جـ ١ ص ٣٨٦. شرح المهذب ٤ / ٣٣٣.
(٥) سقط في ب.
(٦) سقط من أ.

مع أمير يجب عليه طاعته كالخارج للقتال، حكمه حكم العبد والزوجة، فليحمل لفظ الجيش عليه، وإلا فهو مستقل لا تابع.

ومنها: لو نوى بوضوئه استباحة صلاة لا يمكن فعلها كما إذا نوى أول السنة صلاة العيد، ومن بالشام الطواف بمكة ففي ارتفاع حدثه خلاف حكاه في الأولى الروياني في تلخيصه عن والده وفي الثانية بعض الشارحين. وقربه من الخلاف فيمن يحرم بالظهر قبل الزوال.

ومنها: نية الإمام [الإمامة] ذكر الشيخ أبو محمد في التبصرة.. أن كمال نية الإمام أن ينوي أداء الظهر مثلاً ويقول بقلبه إماماً.

وعن تعليق القاضي الحسين في باب صفة الصلاة أن الإمام لا ينوي الجماعة لأنه لا يقتدي بأحد حتى ينويها.

قلت: وهذا فيه نظر، فإن الجماعة تحصل للمقتدي والمتقدى به وقال أبو إسحاق ينويها. وعن البيان[١]، لا تصح نية الإمامة عند الإحرام، لأنه لا يكون ذاكراً لها إذ ليس بإمام حتى يأتم به غيره فإن أراد أنه وعد لا نية،

قلت: والأرجح ما ذكره أبو إسحاق، واقتضاء كلام الشيخ أبي محمد من أنه يصح، بل ينبغي نية الإمامة لمن وثق بالجماعة خلفه، دون من لا يثق، وكونه لا يصير إماماً إلا بعد الاقتداء صحيح.

غير أن المنوي أبداً كذلك لا يكون إلا بعد انعقاد النية، فإنه لا يكون مصلياً حتى يتم نيته.

فإن [قيل][٢] لكن إذا نوى بعقله كونه مصلياً، ولا كذلك كونه إماماً لتوقفه على

---

(١) العمراني وهو الإمام يحيى بن أبي الخير بن سالم بن أسعد بن يحيى أبو الخير العمراني اليماني ولد سنة تسع وثمانين وأربعمائة كان شيخ الشافعية ببلاد اليمن وكان إماماً زاهداً ورعاً عالماً خيراً مشهور الاسم بعيد الصيت عارفاً بالفقه وأصوله والكلام والنحو من أعرف أهل الأرض بتصانيف الشيخ أبي إسحاق الشيرازي في الفقه والأصول والخلاف ويحفظ المهذب عن ظهر قلب توفي سنة ثمان وخمسين وخمسمائة ابن قاضي شهبة ١ / ٣٢٧ ابن السبكي ٤ / ٢٤، مرآة الجنان ٣ / ٣١٨، شذرات الذهب ٤ / ١٨٥، هداية العارفين ٢ / ٢٥٠.

(٢) في أ قلت.

المقتضي. قلت: إذا غلب على الظن حصوله كفى ذلك، وليس من الوعد في شيء بل هو نية جازمة تشهد العادة بوقوعه.

ومنها: وهو نظيرها، نقل الحافظ محب الدين الطبري في شرح التنبيه: «عن محمد بن علي التهامي من فقهاء اليمن أنه نقل أن من صلى سنة الجمعة المتقدمة عليها، ينوي **[بها]**[1] سنة الظهر.

قال لأنه: ليس على ثقة من استكمال شرائط الجمعة. قال التهامي: فأما نحن فننوي بها سنة الجمعة، لأن الغالب حصولها.

وقيل: ينوي بها سنة فرض الوقت، قال الطبري شارح التنبيه: ولا يتجه غيره قلت: الذي لا يتجه غيره أن ينوي سنة الجمعة **[ولا مبالاة بما يعرض من عدم حصولها إلا أن يكون في مكان يغلب فيه وبتقديره أقول: يصح أيضاً أن ينوي سنة الجمعة]**[2] ولا يلزم من ذلك وقوع الجمعة، كما ينوي سنة الظهر وإن أمكن ألا يصليه، بل نحن نستحب سنة الظهر لمن في نيته معصية الله بتركها، وينوي مع ذلك سنة الظهر هذا الذي يظهر.

المباحثة الثانية:

هل يشترط لصحة النية كون المحل قابلاً لما نواه الناوي؟
يظهر ذلك في مسائل:

منها: إذا نوى المسافر الإقامة في موضع لا يصلح لها كالمفازة، فأظهر القولين انقطاع السفر.

ومنها: إذا نوى الإقامة وهو سائر، ولم تؤثر هذه النية، لأن السير يكذبها، وبذلك صرح النووي في شرح المهذب وأشار إليه الرافعي ـ كما قلناه ـ في التوشيح.

المباحثة الثالثة:

هل من شرط تحقق النية الجزم بمتعلقها؟ فيه نظر واحتمال.
والأقوى الاشتراط، ويشهد له مسائل.

منها: لو شك في الحدث بعد يقين الطهارة فتوضأ احتياطاً ثم تبين الحدث أعاد

---

(١) سقط في ب.
(٢) سقط في ب.

على الصحيح، لكونه توضأ متردداً. وقد زالت الضرورة بالتيقن.

ولو تيقن الحدث وشك في الطهارة فتوضأ ثم بان محدثاً أجزأه قطعاً، لأن الأصل بقاء الحدث فلا يضر التردد معه.

ومنها: لونسي صلاة من الخمس فصلى الخمس ثم علم المنسية. قال النووي: لم أر فيه شيئاً قال: ويحتمل أن يكون على الوجهين أي في المسألة قبلها ويحتمل القطع بعدم الإعادة وهو الأظهر.

ومنها: تيمم لفائتة ظنها عليه أو لفائتة الظهر فكانت العصر لم يصح.

[**ومنها: لو اقتدى بخنثى ثم بان بعد الفراغ كونها رجلاً عاد في الأصح**][1].

ومنها: لو نوى يوم الشك صوم غد إن كان من رمضان، فاعتقد كونه منه بشهادة أو استصحاب جاز.

ومنها: لو نذر صيام يوم قدوم زيد فبان بعلامة قدومه في الغد جاز تبييت الصوم له على قول.

ومنها: لو قال: اعتقت هذا العبد عن كفارة يميني إن حنث فبان أنه حنث، عتق عن الكفارة، وإلا فلا.

ولو قال: إن حلفت وحنث فبان حالفاً. فعن البغوي ينبغي أن لا يجزيه لأنه شك في اليمين.

وفي الصورة السابقة، الشك في الحنث، والتكفير قبل الحنث جائز.

تنبيه: اعلم أنا لا نشترط في الجزم حصول القطع، بل يكفي ظن غالب لا اعتبار معه بالاحتمال.

ومن ثم يقولون: النية إذا اعتضدت بأصل لا يضرها التردد، بذلك صرح قوم منهم الوالد في شرح المنهاج في باب صلاة المسافر، ومثلوا له بالنية في آخر يوم من رمضان، وبما لو نوى المسافر مقصداً يقصر فيه، ثم نوى أنه إن وجد غريمه رجع، فلا يضره وله القصر على الصحيح.

---

(١) سقط في ب.

ومن مسائلها: ما نقله النووي عن الدارمي[1]. وذكره الوالد في كتاب الصوم لو تيقن الحدث وشك في الطهارة وتوضأ.

وقال: إن كنت محدثاً فهذا لرفعه وإلا فتبرد صح.

ولو كان متطهراً وشك في الحدث فتوضأ وقال ذلك لم يصح عملاً بالأصل في المسألتين. ولو شك في دخول وقت الصلاة فقال عنها: إن كان دخل وإلا فنافلة لم يجزه. وإن كانت [عليه][2] صلاة وشك في أدائها فقال عنها: إن كانت وإلا فنافلة أجزأه. ولو أحرم يوم الثلاثين من رمضان. وهو شك فقال إن كان من رمضان فإحرامي بعمرة، وإن كان من شوال فبحج فكان شوالاً، كان حجاً صحيحاً.

وذكر من هذا أمثلة أخرى في شرح المنهاج.

المباحثة الرابعة.

في تحقيق النية وصحتها بتعيين نوع من متعلقها تردد يجري في صور.

منها: لو نوى رفع بعض الأحداث فأصح الأوجه صحة وضوئه مطلقاً، وعللوه بأن الحدث لا يتجزأ، فإذا ارتفع البعض ارتفع الكل، والغسل الواقع عن واحد واقع عن الكل.

فإن قلت: قياس هذا أنه إذا وطأ امرأتين واغتسل من الجنابة، وحلف أنه لم يغتسل عن الثانية يحنث، وفي الرافعي في آخر الباب الأول من الطلاق أنه لا يحنث.

قلت: كان مأخذه أن الغسل كائن.

أما عن الحدث الأسبق ـ واستتبع رفعه رفع ما بعده ـ وأما عن مطلق الحدث الذي [هو][3] قدر مشترك بين الأول والثاني، فلم يكن لخصوص الثاني به تعلق، وهذا فيما إذا اتحد جنس الحدثين.

---

(1) محمد بن عبد الواحد بن محمد بن عمر بن ميمون الإمام أبو الفرج الدارمي البغدادي نزيل دمشق تفقه على أبي الحسين الأردبيلي وعلى الشيخ أبي حامد الاسفراييني وكان إماماً بارعاً مدققاً قال الخطيب: هو أحد الفقهاء موصوف بالذكاء وحسن الفقه والحساب والكلام في دقائق المسائل ولد في سنة ثمان وخمسين وثلاثمائة وتوفي بدمشق في ذي القعدة سنة ثمان وأربعين وأربعمائة.

تاريخ بغداد ٢ / ٣٦٣، الأنساب ٥ / ٢٧٩، ابن السبكي ٣ / ٧٧، الشيرازي ص ١٠٧، ابن قاضي شهبة ١ / ٢٣٤.

(٢) سقط من ب.

(٣) سقط من ب.

أما إذا اختلف كالمرأة الجنب الحائض تغتسل وقد كانت حلفت لا تغتسل من الجنابة ففي شرح التلخيص للشيخ أبي علي[1] قبل كتاب الزكاة، إن نوت الاغتسال عنهما حنثت، أو عن الحيض وحده لم تحنث وإن أجزأ غسلها عنهما حنثت. قال: ورجح القفال الحنث ثم ما ذكرناه فيما إذا نـوى رفع بعض الأحـداث محله إذا كان الحدث المنوي رفعه واقعاً منه، وإلا فيمتنع من المتعمد في الصحيح لا من الغالط وفاقاً.

ومنها: لو نوى بوضوئه استباحة صلاة بعينها ولم ينو غيرها صح على ما جزم به الرافعي في باب الوضوء. وحكى فيه وجهاً في كتاب الظهار، وإن بقي غيرها فأوجه مشهورة أصحها الصحة أيضاً.

ومنها: يصح تخصيص الفريضة بالنية من ذي الضرورة، وفي النافلة إن نـوى غيرها الوجوه.

ومنها: يصح تفريق النية على أعضاء الوضوء في الأصح.

ومنها: لو نوت الذمية بغسلها حل وطء زوجها المسلم استباحت به كل ما توقف على الغسل على أصح الأوجه.

المباحثة الخامسة:

اعتراض النية لصراع الألفاظ هل يبطل صراحتها ويرفع حكمها عند الإطلاق؟ قد كنا قدمنا كلام الإمام رحمه الله في الأساليب وقلنا إن الكلام يستدعي الكلام فيما يدين المرء فيه وما لا يدين وما يقبل منه في ظاهر الحكم وما لا يقبل.

ولا شك أن ما لا يقبل ظاهراً. ولا يدين فيه باطناً لا يبطل صراحة اللفظ، بل وجود النية الصارفة عن الصراحة وعدمها بالنسبة إليه سواء، وإنما الكلام فيما يقبل ظاهراً أو يدين فيه، وقد يدعي أن النية صرفت الصراحة عن قضيتها ولنذكر كلام الأصحاب في التديين. فإنه أشكل علي بحيث لم أتحصل منه على شيء فأقول: قال الفـورانـي في

---

(١) الحسين بن شعيب بن محمد بن الحسين أبو علي السنجي المروزي عالم تلك البلاد في زمانه تفقه بأبي بكر القفال والشيخ أبي حامد الأسفراييني ببغداد وله تعليقة جمع فيها بين مذهب العراقيين والخراسانيين.
توفي سنة سبع وعشرين وأربعمائة وقيل سنة ثلاثين وقيل نيف وثلاثين ودفن إلى جانب أستاذه القفال.
وفيات الأعيان ١ / ٤٠١، البداية والنهاية ١٢ / ٢٥٧ ابن قاضي شهبة ١ / ٢٠٧.

الإبانة: الأصل ان كل من أفصح بشيء وقيل فإذا نواه قبل فيما بينه وبين الله دون الحكم.

وقال القاضي الحسين في التعليقة: كل ما لو وصله باللفظ نطقاً انتظم معه وإن شق، فإذا ضمنه اللفظ بينه إن ادعاه لنفسه دين فيما بينه وبين الله ولم يصدق في الحكم، وإن كان على نفسه صدق في الحكم.

وقريب منه قول تلميذه البغوي في التهذيب كل ما لو وصله باللفظ نطقاً دين في الحكم، فإذا نواه بقلبه لا يدين في الحكم فيما له، ويدين في الباطن، إلا في الاستثناء، فإنه لو قال: أنت طالق ووصل به إن شاء الله ـ نطقاً ـ لا يقع ولو نوى الاستثناء بقلبه لا يدين في الباطن.

وقال الرافعي يحكى عن القاضي الحسين: إن لما يبديه الشخص ويدعيه من النية مع ما أطلقه من اللفظ أربع مراتب.

إحداها: أن يرفع ما صرح به اللفظ، كما إذا قال: أنت طالق ثم قال: أردت طلاقاً لا يقع عليك، أو قال: لم أرد إيقاع الطلاق فلا مبالاة بما يقوله لا في الظاهر، ولا في التديين في الباطن.

والثانية: أن يكون ما يبديه مقيداً لما تلفظ به مطلقاً. كما إذا قال أنت طلاق، ثم قال: أردت عند دخول الدار. ومجيء الشهر، فلا يقبل ظاهراً وفي التديين خلاف.

والثالثة: أن يرجع ما يدعيه إلى تخصيص عموم، فهذا يدين فيه وفي القبول ظاهراً خلاف.

والرابعة: أن يكون اللفظ محتملاً للطلاق من غير شيوع وظهور فيه وفي هذه الدرجة يعمل فيها بموجب النية.

وحكى صاحب الذخائر هذا عن القاضي وقال: إن الغزالي استحسنه إلا في قبول تخصيص العموم من غير دليل.

قال الرافعي: وفي كلام الأئمة ضبط آخر، قالوا ينظر في [التفسير][1] على

---

(١) في «ب» التغيير.

خلاف ظاهر اللفظ إن كان بحيث لو وصل باللفظ نطقاً لما انتظم الكلام فإنه لا يقبل في الظاهر. ولا يدين وإن انتظم وقبل في الحكم، فإذا نواه لا يقبل ويدين.

مثال الأول: أردت طلاقاً لا يقع عليك.

ومثال الثاني: أردت عن وثاق، أو إن دخلت الدار.

قلت: وهذا الضابط هو الذي قدمناه عن البغوي والقاضي وغيرهما، وقريب منه كلام الإمام في النهاية، ومنعني عن حكايته طوله، وكذلك منعني خشية التطويل عن حكاية كلام بقية الأصحاب، مع اجتماع الكثير من كتبهم عندي، ولله الحمد، وقال صاحب الذخائر: إذا ادعى ما يزيل اللفظ عن ظاهره فالضابط أنه إن ناقض اللفظ عن ظاهره فالضابط أنه إن ناقض اللفظ لم يقبل حكماً، ولم يدن، وإلا فإن ساواه في الظهور قبل ظاهراً وباطناً. وإن كان للفظ إشعار به ـ كطالق عن وثاق دين ولم يقبل في الحكم. وإن لم يشعر به ولكن كان لو نطق به لانتظم الكلام معه وحسن، كما لو ادعى تعليق الطلاق ـ بالنية ـ على شرط، ففي قبوله حكماً خلاف. وليقع الاقتصار على ما نقلت من كلام الأصحاب، وستعرف ما يرد على كل منها من الفروع، وأنا أعدد الفروع ثم أذكر ما لعله يتيسر نقله لي من الضبط.

الفرع الأول:

إذا قال: أنت طالق، ثم قال: أردت ـ إن دخلت الدار أو إذا جاء رأس الشهر، أو قال: أنت طالق، ثم قال: أردت إن شاء الله.

فقال القفال، والغزالي: يدين، وهذا هو ظاهر كلام الإمام في النهاية.

قال الرافعي: والمشهور في كتب كبراء المذهب أنه لا يدين في قوله: أردت إن شاء الله، ويدين في قوله: أردت عن وثاق أو إن دخلت الدار وإن شاء زيد.

قال: وفرقوا بين قوله: أردت إن شاء الله، وبين سائر الصور بأن التعليق بمشيئة الله يرفع حكم الطلاق جملة، فلا بد فيه من اللفظ.

والتعليق بالدخول لا يرفع الحكم جملة، ولكن يخصصه بحال دون حال.

قوله: من وثاق. تأويل. وصرف اللفظ من معنى إلى معنى. فكفت فيه النية وإن كانت ضعيفة. وشبهوا ذلك بأن الفسخ لما كان رافعاً للحكم. لم يجز إلا باللفظ.

والتخصيص يجوز بالقياس كما يجوز باللفظ. انتهى.

واختار أخي الشيخ بهاء الدين أبو حامد ـ أطال الله بقاءه ما عليه القفال والإمام الغزالي من التديين في قوله: أردت إن شاء الله.

[وقد][1] ذكروا في الإكراه ما يقتضي التسوية بين التعليق على مشيئة الله وغيره.

قلت: كأنه يشير إلى قولهم: إن ورّى المكره بأن قال أردت بقولي: طلقت فاطمة غير زوجتي، أو نوى الطلاق من الوثاق، أو قال في نفسه: إن شاء الله لم يقع الطلاق. وهذا قد يقال: إنه مخصوص بحالة الإكراه، لكونها قرينة تصدقه في إرادة إن شاء الله، وقد قالوا هناك: إنه إذا ادعى التورية صدق ظاهراً في كل ما يدين فيه عند الطواعية وظاهر هذا أن تصديقه في قوله: أردت إن شاء الله مبني على هذا الخلاف في أنه هل يدين؟ وأقول: قد يقال: إنه يدين في مسألة الإكراه وإن لم يدن في غيرها لوضوح الفرق.

الفرع الثاني:

إذا قال: أردت طلاقاً لا يقع عليك، أطلق الأصحاب أنه لا يدين، قال الإمام: لأنه لو اتصل بالكلام ظاهراً لما انتظم وكان متهماً فيما لا يجرد العاقل القصد إلى نظم مثله، قال: فلا طريق إلا الإلغاء ظاهراً وباطناً.

وقال أخي الشيخ بهاء الدين: ينبغي أن يختص هذا بما إذا أراد حقيقة الطلاق، أما إذا قصد الطلاق من الوثاق أو غيره فينبغي أن يصح.

قلت: هذا لا شك فيه، وعليه ينبني كلام الإمام، فإن التهافت إنما جاء من قبل تناقض اللفظ، ومع إرادة حقيقة الطلاق اللغوي لا تهافت.

نعم هو متهافت سواء أراد حقيقة الطلاق الشرعي أو أطلق، لأن الإطلاق محمول على الشرعي.

وعلى الصورتين يحمل كلام الأصحاب، أما صورة قصد الطلاق من الوثاق فلم يريدوها بهذا الكلام، وقد صرحوا بها بمفردها. وأنه يدين فيها.

على أن لقائل أن يقول: قوله: لا يقع عليك لا يصح أن يوصف به طلاق الوثاق لأن الموصوف بالوقوع وعدمه ما يقع تارة ولا يقع أخرى، وذلك هو الطلاق الشرعي لا

---

(١) في ب وقال: وقد.

اللغوي، فقد يقال: اللفظ متهافت وإن قصد المعنى اللغوي لأن قوله: لا يقع عليك ينافي المعنى اللغوي، فليس كما إذا أطلق قوله: أنت طالق ثم قال: أردت عن وثاق، فالأظهر أنه لا يقبل قوله: أردت عن وثاق لا ظاهراً ولا باطناً في الحالات الثلاث لتهافته ونقض آخره لأوله.

الفرع الثالث تخصيص العام:

قال أكثر الأصحاب: لا يقبل في الظاهر ولكن يدين، وتأولوا نص الشافعي الدال على أنه يقبل ظاهراً وقال بعضهم: يقبل، لأن استعمال العام في الخاص شائع مشهور. وصورة المسألة المنصوصة أن تقول له امرأته: طلقني فيقول: كل امرأة لي طالق ويعزل السائلة بالنية.

والخلاف في القبول ظاهراً جار وإن لم توجد قرينة تصدقه، غير أن الأظهر عند القفال والمعتبر عدم القبول ظاهراً إن لم تكن قرينة والقبول إن كانت، وهو ما صححه في المنهاج وعن القاضي الحسين: الفرق بين أن يقول: كل امرأة لي طالق - ويعزل بعضهن بالنية، وأن يقول: نسائي. وقال: إذا قال نسائي طوالق، ثم قال كنت عزلت ثلاثاً بالنية، [لا][1] يقبل، لأن اسم النساء لا يقع على الواحدة. ولو قال عزلت واحدة، يقبل وذكر تفريعاً على هذا وجهين فيما لو عزل اثنتين.

وحكوا وجهين فيما إذا قال: أربعتكن طوالق، وقال نويت إلا فلانة، هل يدين؟ ففي وجه يدين كما لو قال: نسائي طوالق وعزل واحدة بالنية وفي وجه لا يدين، لأن لفظ الثلاثة والأربعة نص في العدد المعلوم واستعمالها في بعض العدد غير معهود، بخلاف استعمال لفظ العام في الخاص فإنه معهود.

قال القاضي أبو الطيب الطبري: [لو][2] قال: فلانة وفلانة وفلانة طوالق ثم قال: كنت عزلت فلانة بالنية، لم يقبل لأنه رفع لما نص عليه، ونسخ، وليس بتخصيص عموم. وسكت عليه الرافعي والنووي.

قلت: وهو ظاهر، وأظهر منه أن يقول: فلانة طالق وفلانة طالق وفلانة طالق، إلا فلانة فإن هذه جمل متعاطفة وليس العطف فيها للمفردات، والاستثناء فيها مستغرق ولو

---

(١) في ب لم. (٢) في ب فلو.

قال: أنت طالق ثلاثاً ثم قال: أردت إلا واحدة لم يدن على الصحيح، لأنه نص في العدد.

والحاصل: أن العام قد تكون دلالته على المخرج بالُنية ضعيفة، وقد تكون قوية، وبقدر ضعفها يظهر التديين، وتترقى إلى القبول ظاهراً، وبقدر قوتها يظهر عدم القبول ظاهراً وتترقى إلى عدم التديين.

فأضعف الألفاظ كل امرأة لي طالق، وأقوى الألفاظ فلانة، وفلانة، وفلانة طوالق إلا فلانة وبينهما أربعتكن طوالق، فإنه فوق كل امرأة لي ونسائي من حيث انه اسم عدد، فهو نص في مسماه، ودون فلانة وفلانة وفلانة لواحدة، مدلول كل واحد من الألفاظ ولا يقال: الكل تخصيص العموم. فبين العمومات **[تفاوت]**[1] كثير إن سلم أن الأعداد عامة.

الفرع الرابع: تقييد المطلق

مثل إن أكلت خبزاً أو تمراً فأنت طالق. ثم يفسر بنوع خاص، قال الرافعي: إن الخلاف في القبول ظاهر في مسألة كل امرأة لي طالق. المتقدمة، أجري فيه.

قلت: ذاك تخصيص عام وهذا تقييد مطلق، والأشبه أن يجري في هذا الخلاف في أردت إن دخلت الدار وإن كلمت زيداً، ثم يقول: أردت شهراً، وأي الأمرين أولى بالقبول بعيد تقييد المطلق، أو تخصيص العام.

ظاهر كلام الإمام في النهاية أن تخصيص العام أولى، فإنه قال: حمل اللفظ الصالح للعموم على الخصوص من تأويل اللفظ على بعض مقتضياته.

وانتهى الأمر في تردد الألفاظ بين العموم والخصوص إلى نفي طائفة من العلماء صيغة مجردة ظاهرة في العموم. وهذا لاعتقادهم تردد الألفاظ في هذين المعنيين.

قلت: وهذا ظاهر على القول بإنكار صيغ العموم، أما على مذهب الفقهاء في إثبات الصيغ فقد تعكس ويقال: تقييد المطلق لا يزيل شيئاً من مدلول اللفظ، فيكون أجدر بالقبول، بخلاف تخصيص العام، غير أن نص الشافعي ـ رضي الله عنه ـ يشهد

---

(١) في ب تقارب.

للأول، فإن الإمام إنما جعل تخصيص العام أولى توصلاً إلى الفرق في مسألتي النص، وأنا أذكرهما، وأتكلم عليهما. فأقول: نص الشافعي ـ رضي الله عنه ـ على أنه إذا قال: أنت طالق ثم قال: أضمرت إن دخلت الدار، لم يقبل منه ظاهراً، وفي التديين وجهان، قال الإمام: أقيسهما أنه لا يدين. قلت: [وقد تقدم][1] قول الرافعي: أن كبراء المذهب على ترجيح التديين ثم ذكر الإمام أن الخلاف جار فيما إذا قال: أضمرت إلى شهر أو ما جرى هذا المجرى من تأقيت أو تعليق، ثم ذكر بعد ما حكى خلاف التديين أن ـ الشافعي نص على أنه إذا قال لامرأته: إن كلمت زيداً، ثم قال: أردت إن كلمته شهراً، لا يقع الطلاق باطناً بعد الشهر. والحاصل أن نص الشافعي يدل على أنه إذا نوى إن دخلت الدار لا يدين وإذا نوى إلى شهر يدين ففرق بين الزمان والمكان فهل من فارق ظاهر؟

كلام جماعة أنه لا فرق، ومنهم القاضي مجلى، فإنه حكى الوجهين في التديين في إن دخلت الدار، ثم ذكر نص الشافعي فيما إذا قال: أردت إلى شهر، وقال هذا الفرع مثل الفرع قبله، وهو إذا نوى التعليق فإن فيه وجهين كذلك ينبغي ها هنا. ومنهم الرافعي كما ستعرف.

وألم الإمام ـ رحمه الله ـ بفرق، فقال: وللفقيه أدنى نظر في هذا فإن قول القائل: إن كلمت زيداً متعلق بالأزمان ـ على العموم ـ ظاهر، بخلاف إن دخلت الدار فإن اللفظ لا يدل على القيد.

وتبعه الغزالي، حيث قال: اللفظ كالعام في الأزمان فإذا قال: أردت شهراً فكأنه خصص العام.

قال الرافعي: وقد يقال: هـذا بمثله، فيقال: اللفظ عـام في الأحوال إلا أنـه خصصه بحال دخول الدار.

قلت: وقد تضعف المقابلة، ويقال: أليس قد نبه الإمام على أن اللفظ لا ينبىء عن الأحوال. وإنما ينبىء عن الأزمان. فكيف يقال له بعد ذلك اللفظ عام في الأحوال؟ نعم لمنازع أن ينازع في دلالة اللفظ على الزمان.

---

(١) سقط من ب.

فإن قوله: أنت طالق لفظ لا عموم فيه لا بالنسبة إلى الأحوال ولا الأزمان، وما هو إلا مطلق قيد في إن دخلت الدار بالأحوال، وفي إلى شهر بالأزمان.

الفرع الخامس:

قال: أنت طالق. ثم قال: أردت طلاقاً عن وثاق، وكان يحل وثاقها طرد الغزالي فيه الوجهين فيما لو قال نسائي طوالق وعزل اثنتين بالنية. هل يقبل ظاهراً؟ وقال: الظاهر القبول.

قال الرافعي: وفيما إذا لم توجد القرينة أشار في سائر كتبه إلى أنه لا يجيء فيه التديين. الخلاف المذكور فيما إذا قال: أردت إن دخلت الدار. وفرق بأن قوله: أنت طالق وإن خصصه الشرع برفع قيد النكاح ولكنه كالمجمل المبهم من حيث اللغة - يحتمل أن يكون من الوثاق وغيره فالتفسير بيان للمبهم.

وأما التقييدات فليس لمجرد اللفظ دلالة عليها، والحاصل أنه يدين وإن لم تكن قرينة وفي وجه حكاه الغزالي في أول كتاب الأيمان والقاضي مجلى في «الذخائر» في هذا المكان انه لا يدين، ويقع باطناً وجمعها القاضي مجلى أوجهاً.

أحدهما: أنه يدين وإن لم تكن قرينة.

والثاني: لا يدين.

والثالث: يدين. ولكن يقبل ظاهراً.

والرابع: الفرق بين أن تكون قرينة. فيقبل ظاهراً. أو لا تكون فلا يقبل وأن يدين كذا يتحصل من كلامه.

الفرع السادس:

لو قال: أنت طالق ثلاثاً للسنة، ثم قال: نويت تفريق الثلاث على الأقراء، لم يقبل قوله في الظاهر، لأن اللفظ يقتضي وقوع الكل في الحال إن كانت طاهرة. والوقوع كما ظهرت إن كانت في الحال حيضاً، ولا سنة في التفريق، وليس من اللفظ إشعار بما يدينه.

قال في التتمة: إلا إذا كان الرجل ممن يعتقد تحريم الجمع في قرء واحد، فيقبل قوله في الظاهر، لأن تفسيره مستمر على اعتقاده.

وحكى الحناطي ـ وجهاً مطلقاً ـ أنه يقبل قوله في الظاهر والمنصوص والمشهور الأول.

هذه عبارة الرافعي في الشرح الكبير وفي الشرح الصغير ذكر معنى ذلك ملخصاً، [وما][1] نقله عن التتمة رأيته فيها، وعبارته: فأما إذا كان الرجل ممن يعتقد تحريم جمع الطلقات في قرء واحد فيصدق في الحكم لاعتبار اعتقاده وأنه لا يقصد ارتكاب محظور في دينه. وهذا كما قال الشافعي في مسافر كان يصلي صلاة مقصورة خلف إمام مسافر، فقام الإمام إلى الثالثة، فإن علم أن الإمام ساه لا يتابعه وإنما يتصور ذلك فيمن يعتقد وجوب القصر، فينبني الحكم على اعتقاده فكذلك ها هنا. انتهى.

ولو قال: أنت طالق ثلاثاً ولم يقل: للسنة ثم فسر بالتفريق على الاقراء ـ كذلك ـ لا يقبل في الظاهر، لأنه يؤخر ما يقتضي اللفظ تنجيزه.

هذا كلام الرافعي وصاحب التتمة وأكثر الأصحاب ولم يذكروا هذه المسألة وهي ما إذا طلق ثلاثاً، وإنما ذكرها إمام الحرمين ومن تبعه.

والذي ذكره جماهير الأصحاب المسألة المنصوصة، وهي ما إذا قيد بالنسة فهل تطرق هذه المسألة ما استثناه صاحب التتمة، وهو معتقد تحريم الجمع أو إنما تطرق تلك لقرينة قوله للسنة؟ يحتمل أن يقال بالأول، وتكون المسألتان سواء، يستثنى منهما معتقد تحريم الجمع، ويرشد إلى ذلك تعليل صاحب التتمة بأن اعتقاد القائل يستمر على ما فسر به، فإن هذا لا يختلف الحال فيه بين أن يقيد بالسنة أو لا يقيد.

ويحتمل ـ وهو الأظهر ـ أن يقال بالثاني. فإن اعتقاده دل عليه من لفظة قوله للسنة. بخلاف ما إذا أطلق.

وصاحب التتمة لم يذكر هذه المسألة فما ندري لو ذكرها ما كان يصنع.

والرافعي ـ رحمه الله ـ أدى الأمانة في نقله فلم يذكر ما استثناه صاحب التتمة إلا في الموضع الذي استثناه منه؟ لا في الصورة الثانية، كذلك فعل في الشرحين وفي المحرر.

وعبارة المحرر: ولو قال: أنت طالق ثلاثاً للسنة ثم فسر بالتفريق على الأقراء لم

---

(١) سقط من ب.

يقبل إلا إذا كان القائل ممن يعتقد تحريم الجمع في قرء واحد، وكذا لو اقتصر على قوله ثلاثاً. ثم فسر بالتفريق لا يقبل. انتهى.

ويعني بقوله في الثانية عدم القبول مطلقاً ممن يعتقد تحريم الجمع ومن لا يعتقد لأن الأصحاب أطلقوا عدم القبول هنا كما أطلقوه في الأول، وما قيده صاحب التتمة إلا في الأولى، فبقيت الثانية على إطلاقها.

إذا عرفت هذا فاعلم أن النووي ـ رحمه الله ـ قدم في اختصاره من كلام المحرر. فأخر، فأوهم أن القبول من معتقد تحريم الجمع يشمل الصورتين، فقال في «المنهاج» ولو قال أنت طالق ثلاثاً أو ثلاثاً للسنة، وفسر بتفريقها على الأقراء لم يقبل إلا ممن يعتقد تحريم الجمع.

وسلم القاضي شرف الدين البارزي[1] في التمييز من هذا فإن عبارته: «لم يقبل إلا في الثانية» فيمن يعتقد تحريم الجمع فلله دره؟

ومن أهم ما ينبه عليه هنا أن هذا الاستثناء الذي ذكره صاحب التتمة وهو كالمنفرد به ـ وإن اختص بقوله: أنت طالق ثلاثاً للسنة، فهل الأمر على ما ذكره، أو الراجح خلافه؟ ولا يستدل بسكوت الرافعي والنووي عليه على أنه الراجح عندهما. هذا موضع نظر قد يدل كلام كثير منهم على أنه لا فرق بين معتقد تحريم الجمع وغيره، فإن صاحب الحاوي قال بعدما ذكر أن أنت طالق ثلاثاً للسنة توجب وقوعهن معاً عندنا خلافاً لأبي حنيفة ومالك فعلى هذا لو قال: أردت أن يتفرق في ثلاثة أطهار فيقع في كل طهر واحدة، كقول أبي حنيفة ومالك. وهذا محتمل وهو يخالف الظاهر، فلا يقبل منه في الحكم. وتبعه صاحب البحر وجماعة منهم صاحب البيان وعبارة البيان: فإن قال: أردت السنة، على مذهب مالك وأبي حنيفة، أنه يقع في كل قرء طلقة لم تقبل في الحكم. وقال الإمام ـ رحمهُ الله ـ في النهاية: لو قال أنت طالق ثلاثاً، وزعم أنه أراد التفريق على الإقراء، فهذا لا يقبل ظاهراً، وهل يدين؟ يلتحق

(١) شرف الدين هبة الله الجهني بن البارزي الحموي كان إماماً راسخاً في العلم صالحاً خيراً محباً للعلم ونشره محسناً إلى أهله ولد بسادس شهر رمضان سنة خمس وأربعين وستمائة بحماة له المصنفات العديدة المشهورة وصارت إليه الرحلة وتوفي بها في ذي القعدة سنة ثمان وثلاثين وسبعمائة ابن السبكي ٦ / ٢٤٨، الاسنوي ١ / ١٣٥، الدرر الكامنة ٤ / ٤٠١.

بما لو زعم أنه أضمر تأقيتاً أو تعليقـــاً، وان قال: أنت طالق ثلاثاً للسنة، ثم زعم أنه نوى التفريق، فالظاهر إلحاق هذا بمـــا إذا أضمر تأقيتاً أو تعليقاً كما ذكرناه، ولا يتغير الحكم بتقييد الثلاث بالسنة، فإن هـــذا اللفظ في استعمال اللغة لا يقتضي تفريقاً، وإذا أردنا لفظ السنة إلى موجب الشريعة فقـــد قدمنا من مذهب الشافعي أن السنـة والبدعة لا معلق لهما بالجمع والتفريق. انتهى.

وفيه دلالة على أن قوله «للسنة» لا يزيد على قوله «ثلاثـــاً» إذا تجرد عن ذلك سبباً، وأنه لا يختلف باختلاف المذاهب، وذلك ظـــاهر عبارة من قدمناه غير أن الذي في كلام الحاوي والبحر والبيان أنه إذا قال: أردت على مـــذهب أبي حنيفة ومالك فيظهر أن الصورة أن يكون القائل شافعياً أو ساذجاً لا يعرف المسألـــة، ويحمل على مذهب الشافعي، وبذلك صرح في «التتمة» قال: إذا كان ممن لا يعتقـــد تحرم الجمع أو كان جاهلاً بالحكم لم يقبل قوله ظاهراً، وصورة الجهـــل بالحكم وإن لم يصرح بها الرافعي فقد شملها إطلاقه حيث لم يستثن إلا معتقد تحريم الجمع.

والصورة الثانية: فيمن يعتقد تحريم الجمع وهو مسألة صاحب التتمة.

والثالثة: لا يعتقد أن تحريم الجمع، وهي مسألة الحـــاوي، ومن ذكرناه، وقد صرحوا فيها بعدم القبول فيحتمل أن لا يقبلوا أيضاً ممن تعتقد التحريـــم، ويخالفوا صاحب التتمة فيما ذكره، وهو ما دل عليه قول الإمام أن اللفـــظ مردود إلى موجب الشريعة ولا تعلق للسنة بالجمع والتفريق، ويحتمل أن يقبلـــوا من معتقد الجمع وأن لم يقبلوا ممن لا يعتقد إذا قال: طلقت على مذهب نن يعتقد هذا موقع نظر.

وبالجملة الذي يظهر لي الآن ما قاله صـــاحب التتمة من قبول ذلك ممن يعتقد تحريم الجمع، والذي يظهر لي أيضاً تخصيصه بمـــا إذا قال للسنة وعدم القبول فيما إذا أطلق، وهل يدين في الصورتين؟ فيه وجهان: أصحهما نعم.

الفرع السابع:

إذا قال لامرأته وأجنبية: إحداكمـا طالق ثم قال، أردت الأجنبية قبل في الحكم لأن الاسم يتناولهما تناولاً واحداً. نص عليه الشافعي في باب إباحة الطلاق.

الفرع الثامن:

إذا كان له امرأة اسمها عمرة. فقال: عمرة طالق وقال: أردت الأجنبية المسماة بهذا الاسم، فقيل يقبل في الحكم وعليه القاضي أبو الطيب، وقيل لا يقبل لأن ظاهر اللفظ الزوجة بخلاف إحداكما، فإن اللفظ نص في كل واحدة منهما ويدين بلا خلاف.

الفرع التاسع:

إذا كان اسم امرأته طالقاً، واسم عبده حراً، فناداهما باسمهما، فإن قصد النداء، لم يقع أو الإيقاع وقع، وإن أطلق فوجهان.

الفرع العاشر:

تلفظ بالطلاق وادعى أنه لم يقصده، بل سبق لسانه إليه، كأن أراد أن يقول: طلبتك فقال: طلقتك، قال أصحابنا: لا يقبل في الظاهر.

الفرع الحادي عشر:

قال: أنت طالق، ثم قال: أردت غيرها فسبق لساني إليها، قال الأصحاب. يدين ولا يقبل في الحكم.

الفرع الثاني عشر:

لابن الحداد: إذا كان له امرأتان زينب وحفصة: فقال: يا زينب فأجابته حفصة، فقال: أنت طالق.

فصل(١)

إذا احتطت بما أوردته من الفروع وعرضته على الضوابط السابقة. عرفت ما يرد منها عليه وقد رأيت الشيخ الأخ بهاء الدين ـ أحسن الله إليه ـ ذكر أكثرها، ونازع في حكم الوارد منها، وقال ما ذكر من الضوابط أقرب إلى الصحة، وما ذكروه من عدم التديين في هذه الصور فيه نظر.

---

(١) سقط في ب.

والذي نختاره أن يقال: المحال التي يسأل فيها عن التديين إما أن تشتمل على مجاز أو تخصيص عام أو تقييد مطلق أو لا، فإن لم يكن فيها تجوز ولا تخصيص ولا تقييد فلا يدين، وإن كان فيها إحداها دين، ثم اندفع في ذكر فروع هذه الأشياء، ثم نازع القاضي حسين في تفريقه بين كل امرأة لي طالق، ونسائي طوالق، وقال: لا فرق بينهما، ولا نظر إلى صراحة لفظ كل في العموم وظهور لفظ النساء.

قلت: وهذا محتمل، يحتمل أن يسلم له، ومحتمل أن يقال: بل لا يلزم من التديين في العام الظاهر التديين في العام النص.

ثم رجح أنه يدين في أنت طالق ثلاثاً إذا قال: أردت إلا واحدة وقال: صراحة العدد لا تمنع التصريح بالاستثناء.

قلت: وفيه نظر فليس المأخذ عدم جواز الاستثناء حتى يقال ذلك، بل الاستثناء من الأعداد جائز على المذهب المختار. وإنما المأخذ أن لفظ العدد إذا لم يصحبه الاستثناء كان دليلاً على أنه لم يخرج منه شيء والحكم تعلق بلفظه فلا يدين فيه.

ثم نازع في أربعتكن طوالق إلا فلانة، وهو كالمسألة قبله وقال الاستثناء من الخبر وهو جمع.

ولك أن تقول: لا فرق بين أن يكون الاستثناء من الخبر أو من المبتدأ على ما نقول: فالكل تخصيص، لما تقدم.

والذي يظهر أن الاستثناء من المبتدأ لا من الخبر.

والمعنى، أربعتكن إلا فلانة طوالق، ومثل هذا الفصل يغتفر بين المستثنى والمستثنى منه، ولا طائل تحت تحرير هذا المقام. ثم اختار فيما إذا قال: أردت إن شاء الله أنه يدين.

وهذا فيه نظر، فإن لفظ طالق تجرد، والحكم معلق به، فلا يظهر للإرادة عمل معه إذا لم يصحبها لفظ، يشبه أن يلتفت هذا على إن شاء الله، هل يرفع شيئاً انعقد، أو يمنع الانعقاد بالكلية؟

ثم قال قولهم[1]: في كل زوجة لي طالق عند معاتبتها إياه بنكاح جديد. ينبغي أن

(١) في ب ثم قال قوم قولهم.

يحمل على ما إذا كانت له زوجة غير المعاتبة وإن لم تكن غيرها وأراد الاستثناء فينبغي أن يقع عليها إذا أراد الإخراج.

قلت: وهذا نزاع جيد، وتبقى المسألة حينئذٍ كمسألة كل زوجة غيرك طالق إذا لم يكن له غيرها.

وهي مسألة القاضي الحسين وغيره وسنذكرها في قواعد.

فإن قلت: هل من ضابط عندك لما يدين فيه؟

قلت: يختلج في ذهني أن يقال: اللفظ الصادر ممن لم يهذ في كلامه ولم يحك كلام غيره، بل كان كلامه صادراً عن نفسه مستعملاً في معناه، يعد من كلام ذوي الفكر، والروية إن كان الشارع ربط الحكم به لم يدن فيه أصلاً. وإن كان الشارع إنما علق الحكم به لشرط آخر ضمه إليه من نية أو غيرها دين فيه مطلقاً، ثم إن كان ذلك الشرط مما يظهر - بقرينة أو غيرها انتفاؤه قبل منه في الحكم، أو وجوده لم يقبل، وإن تردد فهو موضع الخلاف وعلى هذا تستمر المسائل كلها.

مثال: ما ربط الشارع الحكم به غير ناظر إلى أمر وراءه. «أنت طالق»، في أصل الطلاق، فإن هذا لفظ جعله الشارع - إذا صدر عن زوج معتبر اللفظ أوقع الطلقة، فنية المشيئة لا ترفع حكم هذا اللفظ، لأنه وإن علق بالمشيئة فالشارع ما ربط الحكم هنا بنيته. بل بوجود هذا اللفظ مجرداً فحيث وجد مجرداً عمل عمله باطناً وظاهراً.

المباحثة السادسة[1]:

في كشف الغطاء - عن موارد النية في العقود والفسوخ فنقول: الصريح لا يحتاج إلى نية- والكناية تحتاج، وهذه في الحقيقة قاعدتان.

أما قولنا: الصريح لا يحتاج إلى نية، فمتفق عليه، لكن وقع في كلام بعض الأصحاب ألفاظ قد يتوهم أنها تخدش ذلك.

منها: قول الغزالي: لا بد من قصد لفظ الطلاق لمعنى الطلاق ومراده قصد اللفظ لكونه يفيد المعنى ليخرج سبق اللسان ونحوه، ولم يرد قصد نفس المعنى، فإن ذلك لا يشترط إلا في الكتابة.

---

(١) في ب الخامسة.

كذا حرر الشيخ الإمام وقال: المعنى في قصد اللفظ ليفيد المعنى ليس مقصود ابتداء، وفي كونه مقصوداً بالتبع والاستلزام نظر، وهذا بخلاف المعنى إذا قصد الابتداء.

رأيت في كلام الإمام «في النهاية» في باب لغو اليمين ما يزيد هذا التقرير.

ومنها: قول النووي في «المنهاج» في الوقف: تصدقت فقط ليس بصريح إلا إن نوى أن يضيف إلى جهة عامة وينوي، فإنه كالتصريح في أنه عند الإضافة إلى جهة عامة صريح بشرط النية، وهذا يجب تأويله، فلا صريح يحتاج إلى النية وقد تكلمنا عليه في كتاب التوشيح.

ومنها: المكره على الطلاق إذا قصد الإيقاع فالأصح يقع، وعلى هذا قد يقال: صارت نيته شرطاً في عمل اللفظ الصريح عمله.

وجواب هذا أن اللفظ في هذه الحالة غير صريح، ومن ثم قيل: صريح لفظ الطلاق عند الإكراه كناية.

وأنا أقول قصد الإيقاع ينافي مجيء اللفظ على وجه الإكراه فعمل اللفظ عمله غير متأثر بالنية، والنية لم تفد إلا خروجه عن كونه صدر بإكراه.

ومنها: وهو أغربها ما رأيته في البحر للروياني في كتاب الظهار نقلاً عن مختصر البويطي أن الشافعي ـ رحمه الله ـ ذكر فيه أنه قيل: إن من صرح بالطلاق أو الظهار أو العتق ولم تكن له نية لا يلزمه فيما بينه وبين الله طلاق ولا ظهار ولا عتق. وأن مالكاً خالف في ذلك، وأن الشافعي لم يعترض على شيء من القولين، وأن الظاهر أنه قصد تخريجه على قولين، قال الروياني وهذا غريب حكاه القاضي الطبري.

قلت: لا شك في غرابة القول باشتراط النية في الصريح، وبتقدير ثبوته فالمراد كما صرح به الروياني اشتراطها للوقوع في نفس الأمر فيما بين العبد وربه أما في الحكم فيقع جزماً.

فتم قولنا: الصريح لا يحتاج إلى نية ولم ترد هذه الصور نقداً لأنا إنما نتكلم في الحكم لا في نفس الأمر، وهذا بتقدير صحة هذا القول، والصحيح المعروف خلافه، وأن الله تعالى ربط هذه الأحكام بهذه الألفاظ إذا صدرت عن قصد من معتبر الكلام.

ومنها: إذا قال البائع: بعتك فقال المشتري اشتريت قاصداً باشتريت - ابتداء كلام لا جواب بعت لم ينعقد البيع، بل شرط كونه جواباً عدم قصد الابتداء وفي اشتراط قصد الجواب تردد لإمام الحرمين، فعلى اشتراطه قد يقال: هذا صريح شرط فيه القصد.

والجواب: إنه لم يشترط القصد في نفس اللفظ الصريح، بل في وضعه موضعه من الجواب. فتأمل ذلك.

ومنها: إذا قال أنا منك طالق، وسيأتي عليها الكلام في المسائل الخلافيات والتحقيق أنه لا صراحة فيها، فالنية جاءت من قبل الكناية.

ومنها: إذا لقن كلمة الطلاق بلغة لا يعرفها فذكرها. وقال: لم أعلم أن معناها قطع النكاح، ولكن نويت بها الطلاق. قالوا: لا يقع. كما لو خاطبها بكلمة لا معنى لها.

فقد يقال: هذا عجيب؟ لفظ أريد به معناه، من قادر على التصرف معتمد العبارة. ثم لا يعتد مع صراحته؟

والجواب: أن جهله بكونها موضوعة لذلك مخرج لها عن كونها [كلاماً][1] وهو قريب من القصد الذي اعتبره الغزالي في الصريح، ومن ثم لو قال العجمي: أنت طالق. وقال: أردت بهذه اللفظة معناها بالعربية لم يقع على الأصح.

ومنها: [إذا][2] قال: أريد أن أقر بما ليس علي لفلان علي ألف، قال أبو عاصم: لا يكون إقراراً، ولا يلزمه شيء، وخالفه صاحب التتمة.

فعلى قول أبي عاصم: هذا صريح لم يعمل عمله، بل انصرف بما قدم من الكلام. والجواب أن تقديم الكلام عند هذا القائل قرينة أن اللفظ يجوز به واستعمل في غير موضعه، ثم ما قاله غير متجه.

ومثل هذا ما نقله الرافعي عن المتولي: أنه لو نسب إلى فعل شيء كالزنا واللواط فقال: من فعل مثل [هذا][3] فامرأته طالق وكان قد فعله لم يقع طلاقه لأنه لم يوقع طلاقاً، وإنما غرضه ذم من يفعله.

(١) في ب كلامنا. (٢) في ب لو. (٣) سقط في ب.

ومنها: لو قيل لمن يسمى زيداً: يا زيد، فقال امرأة زيد طالق طلقت امرأته قيل: لا تطلق إلا أن يريد نفسه فعلى هذا قد يقال هذا صريح لم يؤثر. وجوابه أن هذا الاسم ليس منحصراً فيه فكيف يتعين تنزيله عليه، ولا شاهد له. إلا القرينة التي لا انضباط لها، وكذلك لو كان اسم ابنته فاطمة فقال: زوجتك فاطمة ولم يقل: ابنتي، لم يصح، لكثرة الفواطم، إلا على بحث ذكره مجلي، ومن ثم أقول: إن لو كان [الاسم][1] مما عرف منه أن يغضبه ذكره فلا يقع طلاقه جزماً، فلو عرف أنه يغضب من لفظ الجاهل مثلاً وكان الجاهل لقباً عليه، فنودي به، فقال: امرأة الجاهل طالق، لم يقع عندي جزماً، لأن مثل هذا إنما يعني به أني لست بجاهل، ثم تحقق هذا بأن امرأة الجاهل طالق. يعني: ولا كذلك امرأتي. ومثله لو كان اسم ابنته فاطمة. فقال: زوجتك فاطمة ولم يقل ابنتي ولكن نواها فإنه يصح عند العراقيين.

فصل

اضطرب كلام المحققين في معنى الصريح بعد قولهم: إنه اللفظ الموضوع لمعنى لا يفهم منه غيره عند الإطلاق، واشتهر أنه ما تكرر وروده في الكتاب، كالطلاق والبيع أو السنة، أو على ألسنة حملة الشرع كالخلع، أما ما شاع على لسان العامة مثل حلال الله علي حرام، ففي صراحته خلاف.

وأورد ابن الرفعة على هذا المشتهر قول ابن سريج أن قوله لا أجامعك كناية في الإيلاء لا صريح فيه، مع شيوعه في لسان حملة الشرع، ولفظ المس المتكرر في القرآن لإرادة الجماع، والجديد أنه كناية فيه وفي لفظ الإمساك في الرجعة وجهان وهو [مما][2] تكرر في القرآن، وأجاب مما لا يحضرني الآن.

واعترض الشيخ الإمام رحمه الله بعدما أورد ما ذكرناه أصلاً واعتراضاً وقال: الذي أقوله أنا إنها مراتب.

إحداها: ما تكرر قرآناً وسنة مع الشياع عند العلماء والعامة فهو صريح قطعاً كلفظ الطلاق.

والثانية: المكرر غير الشائع، كلفظ الفراق والسراح فيه خلاف.

---

(١) في ب للاسم. (٢) في ب ما.

والثالثة: الوارد غير الشائع، وفيه أيضاً خلاف كالاقتداء.

والرابعة: وروده دون ورود الثالثة. ولكنه شائع على لسان حملة الشرع، كالخلع، فالمشهور أنه صريح، وقيل كناية.

محل كون الخلع صريحاً. حيث ذكر المال على الأصح، وإلا فهو كناية على الأصح.

والخامسة: ما لم يرد ولم يشع عند العلماء. ولكن عند العامة وفيه أيضاً خلاف.

قلت: والحاصل أن المأخذ ورود واشتهار عند الخاصة وعند العامة إذا اجتمعت فلا شك في الصراحة.

وإذا اختلفت بتباين المراتب، ولا يخفى أن مراتب الورود تختلف وكذلك الاشتهار وربما تقابلت بعض الصفات ببعض، فزالت الصراحة، أو حصل خلاف.

وهنا فروع:

منها: جزم الرافعي بأن قول المتعاقدين: تخايرنا صريح في قطع الخيار. ولك أن تنازع في شياع ذلك عند أهل العرف في معنى قطع الخيار، والأقرب أنه شائع.

ومنها: لا خلابة ـ في الشرع ـ عبارة عن اشتراط الخيار ثلاثاً.

وهذا فيه نظر، فليس له من الشيوع ما للصرائح، بل لا شياع فيه، ولا اشتراط الخيار مدلوله لغة، إنما الخلابة في اللغة الخديعة وغاية متمسك الأصحاب [على](١) حديث الذي كان يخدع في البياعات، ويحتمل كونه مخصوصاً به، فهذا ما أتوقف.

ومنها: وليتك العقد، قالوا: صريح، ولك أن تنازع في شهرته شرعاً وعرفاً.

ومنها: حررتك، وأنت محرر، عدُّوهما من صرايح العتق ولا شيوع فيهما إنما الشيوع في نحو: أنت حر.

فصل

قد يصحب الصريح قرائن تخرجه عن الصراحة، كما لو قال لمن يحل وثاقها أنت طالق، وقال أردت من وثاق.

قال الرافعي بحثاً في الإقرار: اللفظ وإن كان صريحاً في التصديق قد تنضم إليه

---

(١) سقط في ب.

قرائن تصرفه عن موضعه إلى الاستهزاء والتكـذيب ومن جملتها [الأداء والإبـراد][1] وتحريك الرأس الدال على شدة التعجب والإنكار، فيشبه أن يحمل قول الأصحاب إن صدقت وما في معناها. إقرار على غير هذه الحالة.

فأما إذا اجتمعت القرائن فلا يكون إقراراً، ويقال: فيه خـلاف لتعارض اللفظ والقرينة كما لو قال لي عليك ألف فقال في الجواب مستهزئاً لك علي ألف فإن المتولي حكى فيه وجهين قال الشيخ الإمام رحمه الله الأقوى اتباع القرائن.

فصل

وأما قولنا: إن الكناية تحتاج إلى النية فقد ينقض بقول ابن القاص في كتـاب الطلاق من «التلخيص» لا تلزم الكنايات بغير نية إلا واحدة، أن يقـال لـه طلقت؟ فيقول: نعم،أو هي، أو ما أشبه ذلك، ففيه قولان.

أحدهما: يلزمه وإن لم ينو طلاقاً.

والثاني: لا يلزمه إلا بالنية. انتهى.

قلت: ومقتضى هذا أن يكون هـذا كنايـة بلا خـلاف وفي احتياجـه إلى النية القولان، وهذا نظم عجيب، والمعروف في المذهب أن القولين في صراحته والأصح أنه صريح، فلم تسلم كناية عن الافتقار إلى النية.

الكلام في فعل يتنزل تارة منزلة الصريح، وتارة منزلة الكناية، وهو الإشارة قال الإمام في النهاية: بعد نقل المذهب في لعان الأخرس: الذي ينقدح في القياس أن كل مقصود لا يختص بصيغة فلا يمتنع إقامة الإشارة فيه مقام العبارة، وما يختص بصيغة فيغمض إعراب الإشارة عنه. ذكره بعدما قال : إنه يختلج في الصدر في تأدية كلمة اللعان بالإشارة إشكال، لا سيما إذا عينا لفظ الشهادة، لأن الإشارات لا تـرشد إلى تفصيل الصيغ.

واعلم أنه رب مكان طلب الشارع فيه الإشارة دون غيرها، فليس هذا مما نحن فيه ـ ولا يغني عن الإشارة فيه سواهـا. وذلك كـالإشارة بـالمسبحة في التشهـد إلى

---

(١) سقط من ب.

التوحيد، ورد المصلي على المسلم بالإشارة، وإشارة من زحم على الحجر الأسود بالتقبيل وأنحاء ذلك.

ورب مكان أصل المطلوب فيه النطق فهل تغني فيه الإشارة ويكون كالصريح أو كالكناية؟ أو يختلف باختلاف حال المشير؟

فإن كان عاجزاً عن النطق كالأخرس كانت منه معتبرة وإلا فلا: هذا موضع الكلام، والمشير اثنان: ناطق وأخرس أما الناطق ففيه مسائل.

منها: **[لا تبطل]**(١) صلاته بإشارته **[المفهومة]**(٢) لأنها **[لا تبطل]**(٣) بإشارة الأخرس فما ظنك بالناطق.

ومنها: لو أشار المحرم إلى صيد فصيد حرم عليه الأكل منه لحديث أبي قتادة: «هل منكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار إليها» فلو أكل ففي لزوم الجزاء له قولان.

ومنها: الصلاة بالإيماء.

ومنها: أمان الكافر ينعقد بالإشارة المفهمة ولو من قادر على العبارة.

ومنها: الإشارة بالطلاق في كونها كناية وجهان: أظهرهما عند الرافعي لا.

ومنها: الإشارة إلى عدد، مثل: أن يقول: أنت طالق هكذا ويشير بإصبعين فتطلق طلقتين، أو بثلاث فتطلق ثلاثاً إن كانت الإشارة مفهمة.

ومنها: في فروع التعليقات آخر الطلاق ذكر الرافعي فيما لو قال هؤلاء الأعبد الأربعة لفلان إلا هذا الواحد.

أن الغزالي قال: لا يقبل هذا لأن للإشارة أثراً ظاهراً في تثبيت الكلام وتقريره قال الرافعي: والظاهر صحته كما تقدم في الإقرار.

وأما الأخرس: فإشارته المفهمة في الصلاة لا تبطلها على الصحيح وهي كالنطق في البيع، والنكاح، والطلاق، والعتاق، والرجعة، واللعان، والقذف وسائر العقود ويصح منه الإسلام، وسائر العقود.

وفي شهادته وكونه قاضياً إن عقلت إشارته خلاف، ومن اعتقل لسانه فأوصى

---

(١) في ب تبطل.

(٢) في ب المفهمة.

(٣) في ب تبطل.

بالإشارة المفهمة أو [قرىء][1] كتاب الوصية فأشار برأسه أن نعم صحت، لكن هذا ليس بأخرس.

ومن الفروع حل ذبيحته قال الرافعي نقلاً عن التهذيب: إن كانت له إشارة مفهمة حلت ذبيحته، وإلا فهو كالمجنون. أي ففي حل ذبيحته قولان.

قال: ولتكن سائر التصرفات على هذا القياس.

قلت: وفي المسألة كلامان.

أحدهما: تحريم ذبيحة الأخرس، ولا يظهر له وجه، والصواب الحل سواء كانت إشارته مفهمة أو لم [تكن][2] وعلى ذلك نص الشافعي في باب الضحايا من «المختصر» فقال رضي الله عنه: ولا بأس بذبيحة الأخرس، وصححه النووي وأرجو ألا يتأتى فيه خلاف ممن يحلل متروك التسمية، وأي مدخل للنطق في قطع الحلقوم والمريء.

والثاني: قول الرافعي: [ولتكن][3] سائر تصرفاته على هذا [بالقياس][4] لا أدري ما يعني به، إن أراد تصرفاته الفعلية فلا يظهر البتة، أو القولية فلا يخفى أن من لا تفهم إشارته لا بيع له ولا إقرار ولا هبة ونحوها. فكيف يجري فيه قولان؟

الكلام في مباحث تتعلق بالكناية

المبحث الأول:

في موضوع الكناية من العقود وما جرى مجراها. اعلم أن الأصحاب لما ذكروا الخلاف في انعقاد البيع في [الكنايات][5] قصروا التمثيل على كنايات الإيجاب والقبول، ولم يذكروا المعقود عليه، فاحتمل أن يقال موضع الخلاف صفة العقد لا العوض والمعوض، فإن الكناية تصح عنهما بلا خلاف لأن نقل الإنسان ملكه إلى غيره لا حجر فيه، فيصرح إن شاء الله أو ليكن مع النية، إنما الحجر في الطريق الموصلة إلى الملك وهي الصيغة فتلك التي جعل الشارع بإزائها ألفاظ منحصرة منها صريح ومنها كناية. وإلى هذا الاحتمال ذهب ابن الرفعة، واعترض به كلمات للرافعي سنذكرها. وقال الشيخ الإمام الوالد: إنه الظاهر واحتمل أن يقال: موضع الخلاف

---

(١) في ب قرأ.
(٢) في ب يكن.
(٣) في ب وليكن.
(٤) في ب القياس.
(٥) في ب بالكنايات.

الصيغة، ولا تصح الكناية في العوض والمعوض بلا خلاف.

وهذا الاحتمال للشيخ الإمام، ويمكن توجيهه بأن مورد العقد [هو][1] موضع غرض المتعاقدين، إذ لا غرض لهما في الصيغة، وإنما يأتيان بها للدلالة على مرادهما وليتوقف تحصيله شرعاً عليها، فيحتاط لموضع الغرض ولا يكتفى فيه إلا بالصريح.

وقد توافق ابن الرفعة والوالد على قصر موضع الخلاف. ويحتمل عندي أن يقال: بأن الخلاف جار فيه العوض والمعوض والشروط الواقعة في العقود ذات الكنايات كجهاته في الصيغة وعليه يدل صنيع كثير من الأصحاب في مسائل:

منها: إذا تبايع، وفي البلد نقول ولا غالب قال ـ في الخلع ـ سبق في البيع أنه لا يصح. ولا يكفي أن ينويا.

ولك أن تقول: وجب أن يجعل على الخلاف في انعقاد البيع بالكناية.

واعترضه ابن الرفعة بأن موضع الخلاف في الكناية الصيغة لا العوض، وقد عرفت ما فيه.

ومنها: قال الرافعي في «الخلع» أيضاً: فيما إذا قال أنت طالق ولي عليك ألف وتصادقا على إرادة الإلزام [**وقبلت**][2] إن أصح الوجهين اللزوم، فإن قضية انعقاد البيع إذا قال: بعتك ولي عليك كذا إذا قلنا: البيع ينعقد بالكناية: واعترضه ابن الرفعة باعتراضه السابق إذ الكناية هنا في العوض لا في الصيغة.

ومنها: إذا قال: بعني ولك علي ألف فقبل، فوجهان قال الرافعي في الخلع: يشبه أن يكونا في صراحته، أما كونه كناية، فلا ينبغي أن يكون فيه خلاف.

قلت: وحق ابن الرفعة أن نعيد عليه اعتراضه، لأن الكناية هنا أيضاً في الصيغة.

إذا عرفت هذا فقد استشهد ابن الرفعة لما ذكره بقول العراقيين والبغوي إذا كان للرجل بنات فقال للخاطب: زوجتك بنتي. ونويا واحدة بعينها أن النكاح يصح.

قال: وإذا كان هذا في المعوض في عقد يشترط فيه الإشهاد فكيف بالعوض في الكناية ولا إشهاد فيه.

قال الوالد ـ رحمه الله: ويحتمل الفرق بأن بنتي معرفة بالإضافة، فتحمل على

---

(١) سقط من أ والمثبت من ب. (٢) في ب وقلت.

العهد، والبنت المخطوبة قد عرفت فاكتفي بذلك، والصيغة المذكورة تستعمل في المعهود لغة بحيث انها تصير كالصريح.

قلت: ولا سيما على قول الشيخ أبي محمد في الخلع بألف ونحوها إذا نويا به نوعاً أن التعبير بالنية إنما يؤثر إذا تواطآ قبل العقد على ما يقصدان باللفظ المبهم، فإن هناك معهوداً ولا بد، وإذا كان هذا كالصريح فليس مما نحن فيه.

وما استشهد به من الفرع الذي قد لا يوافق عليه الرافعي فإن لصاحب الذخائر نزاعاً فيه، ولابن الصباغ أيضاً احتمال فيما لو قال: زوجتك فاطمة ونوى ابنته أنه لا يصح.

ذكر ابن الرفعة نفسه أن يطرق هذه المسألة، فهذه المواضع من صيغ الرافعي دالة على تعميم الكناية، وقد سبق إلى نظائرها في مسائل.

فمنها: إذا قال: بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم على أن أزيدك صاعاً وكانت الصيعان معلومة وأراد هبته فسد العقد وإن أراد إدخاله في العقد صح إن كانت معلومة الصيعان دون ما إذا كانت مجهولة.

قال الغزالي في الوسيط فإن قيل إذا تردد اللفظ بين الاحتمالات فيكف يصح العقد بمجرد إرادة صورة الصحة؟

قلنا: يلتفت هذا على الأصح في انعقاد البيع بالكتابة انتهى.

ولم يعترضه ابن الرفعة في «المطلب» بما اعترض به الرافعي في نظائره من أن الكناية هنا ليست في صيغة العقد، وكان حقه ذلك، فإن هذا من الغزالي مثل صنيع الرافعي.

ولم يزد ابن الرفعة على أن الإمام روى عن صاحب التقريب أن العقد لا يصح. قال: لكنه لم ينقل عنه توجيهه بذلك، قال: ووجهه الإمام بأن العبارة لا تنبىء عن المقصود إلا على بعد في المحل، فضاهى اللغز.

ومنها: نكاح الشغار باطل، ومن صوره المختلفة فيها: زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك.

قال صاحب التتمة: إن قصد تعليق الانعقاد. ووجد ما يدل عليه صريحاً أو كناية

فالعقد باطل، وإن قصد المواصلة أو إخلاء النكاح من الصداق. فصحيح وهو كالمسألة قبلها.

ومنها: قال بعتك هذا على أن لي عليك درهماً، ففي صحته وجهان حكمهما في الخلع.

وشبه ابن الرفعة في البيع المسألة بمسألة الصبرة التي حكينا فيها بحث الغزالي ومنها: إذا قال الولي في خطبة النكاح: زوجتك على ما أمر الله به من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان فالأصح الصحة وإن قيد الوالي الإيجاب وفصل الإمام بين أن يجريا، شرطاً ملزماً فيفسد أو يقصد الوعظ فلا يضر أو يطلق فيحتمل ويحتمل، والقرينة تدل على الوعظ.

فانظر كيف لم يجعل التردد مبطلاً، بل دار مع النية وجوداً وعدماً.

المبحث الثاني: في معنى الكناية

اعلم أن الكناية تقابل الصريح، ولسنا نشترط في الكناية أن تكون مجازاً، بل قد تكون حقيقة وقد تكون مجازاً.

ولا في الصريح أن يكون حقيقة، وإنما مأخذ الصراحة الشياع والشهرة في الشرع على ما حرر في مكانه.

ومأخذ الكناية الإشعار بالمكنى عنه، ومن ثم ضعف الشيخ الإمام [**الوالد**][(١)] رحمه الله قول الرافعي في الخلع فيما إذا قال: بعتك بألف. ونويا نوعاً وجب أن يجعل على الخلاف في انعقاد البيع بالكناية، لأن التعبير عن المقيد بالمطلق شائع في اللسان.

فقال: هو شائع، لكن بطريق المجاز، لا بطريق الكناية، فإن الكناية شرطها الإشعار بالمكنى عنه، والمطلق لا يشعر بالمقيد ولذلك ضعف قول صاحب الذخائر أن ملكتك إذا نوى بها العوض كناية في البيع، قال: لأن لفظ التمليك لا إشعار له بالعوض، وشرط الكناية الإشعار.

المبحث الثالث في الكناية

أن تكون كناية أم صريحاً، أم غير شيء منهما، وهل يجب أن يمتنع الاعتماد

---

(١) سقط في أ والمثبت من ب.

عليها؟ قد كان رسول الله ﷺ يرسل كتبه إلى الآفاق ويعتمد عليها غير أن الاعتماد عليها بمجردها أو مع ما انضمت إليه من الرسول الحامل لها والقرائن الدالة على مضمونها هذا موضع النظر.

وبين الشافعي رضي الله عنه وإسحاق بن راهويه مناظرة في ذلك ـ حكاه البيهقي وغيره ـ مضمونها: أن الشافعي حكم بأن جلد الميتة يطهر بالدباغ فطالبه إسحاق بالدليل. فقال: حديث ميمونة: إن النبي ﷺ قال: هلا انتفعتم بإهابها[1].

فاعترضه إسحاق بحديث ابن عكيم[2]: كتب إلينا رسول الله ﷺ قبل موته بشهر ـ أن لا تنتفعوا من الميتة بإهاب ولا عصب[3]، وقال: هذا يشبه أن يكون ناسخاً لحديث ميمونة، لأنه قبل وفاة رسول الله ﷺ بشهر.

قال الشافعي: هذا كتاب، وذاك سماع.

فقال إسحاق: إن النبي ﷺ كتب إلى كسرى وقيصر[4] وكتبه حجة عليهم عند الله، فسكت الشافعي.

---

(١) أخرجه البخاري ٣ / ٣٥٥ في كتاب الزكاة / باب الصدقة على موالي أزواج النبي ﷺ حديث (١٤٩٢) وفي ٤ / ٤١٣ في البيوع / باب جلود الميتة قبل أن تدبغ الحديث (٢٢٢١) ومسلم ١ / ٢٧٦ في كتاب الحيض / باب طهارة جلود الميتة بالدباغ (١٠٠ / ٣٦٣).

(٢) عبد الله بن عكيم بضم أوله وفتح الكاف أبو معيد الكوفي مخضرم عن أبي بكر وعمر عنه ابن أبي ليلى والقاسم بن مخيمرة، مات في إمارة الحجاج.

(٣) أخرجه أبو داود في السنن ٤ / ٦٧ في كتاب اللباس باب من روى أن لا ينتفع بإهاب الميتة حديث (٤١٢٧)، (٤١٢٨) والترمذي ٤ / ٢٢٢ في اللباس باب ما جاء في جلود الميتة إذا دبغت حديث ١٧٢٩ وقال حديث حسن.

وأخرجه النسائي ٧ / ١٧٥ في كتاب الفرع والعتيرة / باب ما يدبغ به جلود الميتة وابن ماجة ٢ / ١١٩٤ في اللباس / باب من قال لا ينتفع من الميتة بإهاب ولا عصب (٣٦١٣).

(٤) فعن ابن عباس: «أن النبي ـ ﷺ كتب إلى قيصر يدعوه إلى الإسلام وبعث بكتابه إليه دحية الكلبي وأمره أن يدفعه إلى عظيم بصرى ليدفعه إلى قيصر فإذا فيه: بسم الله الرحمن الرحيم من محمد عبد الله ورسوله إلى هرقل عظيم الروم سلام على من اتبع الهدى، أما بعد: فإني أدعوك بداعية الإسلام أسلم تسلم وأسلم يؤتك الله أجرك مرتين فإن توليت فعليك إثم الأريسيين و ﴿**يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم أن لا نعبد إلاّ الله ولا نشرك به شيئاً ولا يتخذ بعضنا بعضاً أرباباً من دون الله فإن تولوا فقولوا اشهدوا بأنا مسلمون**﴾ متفق عليه أخرجه البخاري في الصحيح ١/٣١ ـ كتاب بدء الوحي =

قيل: وكانت المناظرة، بمحضر أحمد بن حنبل فمن ثم رجع إلى حديث ابن عكيم وأفتى به، ورجع إسحاق إلى حديث الشافعي.

اعلم: أن حجة الشافعي باقية، فإن هذا الكتاب عارضه سماع، ولم يتيقن أنه مسبوق بالسماع، وإنما ظن ذلك ظناً لقرب التاريخ، فأنى ينهض بالنسخ. أما كتب رسول الله ﷺ إلى كسرى وقيصر فلم يعارضها شيء بل عضدتها القرائن وساعدها التواتر الدال على أن هذا النبي ﷺ جاء بالدعوة إلى ما في هذا الكتاب، ولعل السكوت من الشافعي تسجيل على إسحاق بأن اعتراضه فاسد الوضع فلم يستحق عنده جواباً ورب سكوت أبلغ من نطق ومن ثم رجع إليه إسحاق. وإلا فلو كان السكوت لقيام الحجة لأكد ذلك ما عند إسحاق إذا عرفت ذلك ففي الخط مسائل:

منها: أصح الوجهين عند الرافعي في باب القضاء أن الراوي يعتمد الخط المحفوظ.

ومنها: أصح الوجهين أن الشاهد لا يعتمده، والحاكم أولى.

ومنها: يجوز حلف الولد على خط أبيه عند غلبة الظن.

ومنها: عمل الناس اليوم على النقل من الكتب ونسبة ما فيها إلى مصنفيها وقال ابن الصلاح[1]: لا يقول: قال فلان إلا إذا وثق بصحة النسخة وإلا فليقل: بلغني عن فلان.

قلت: ومن ثم بعث القاضي بكار[2] شاهدين إلى المزني ليشهدا عليه أن هذا

= وأخرجه مسلم في الصحيح ٣/١٣٩٣ - ١٣٩٧ كتاب الجهاد والسير باب كتاب النبي ﷺ إلى هرقل واللفظ له الحديث (٧). وقال أنس أن نبي الله ﷺ كتب إلى كسرى وإلى قيصر وإلى النجاشي وإلى كل جبار يدعوهم إلى الله وليس بالنجاشي الذي صلى عليه النبي - ﷺ أخرجه مسلم في الصحيح ٣/١٣٩٧ كتاب الجهاد والسير (٣٢) باب كتب النبي ﷺ (٢٧) الحديث (٧٥/١٧٧٤).

(١) هو الشيخ تقي الدين أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمن الكردي الشهرزوري المعروف بابن الصلاح كان إماماً في الفقه والحديث وعارفاً بالتفسير والأصول والنحو ورعاً زاهداً وكان والد شيخ دمشق فتفقه هو عليه ثم رحل إلى الموصل ولازم عماد الدين بن يونس مدة ثم رحل إلى عراق العجم فلازم الرافعي حتى برع في العلم توفي صبيحة يوم الأربعاء الخامس والعشرين من شهر ربيع الآخر سنة ثلاث وأربعين وستمائة وفيات الأعيان ٢ / ٤٠٨، طبقات ابن السبكي ٥ / ١٣٧، مفتاح السعادة ١ / ٣٩٧ ابن هداية الله.

(٢) هو الحافظ بكار بن قتيبة الثقفي حنفي المذهب وتولى القضاء في مصر وتوفي داخل السجن مرآة الجنان ٢ / ٢٨٥.

كلام الشافعي في كلام رواه في «المختصر» فلما شهدا قال: الآن يعني وثقت نفسي.

قلت: وهذا كان منه ورع وكان في أوائل الحال حيث لم ينتشر كلام الشافعي انتشاره الآن.

وأما الآن، فالتحرير في مثل ذلك وسوسة، واني لقاطع بأن الرافعي ـ فضلاً عن الشافعي ـ قال: ما أجده في كتابه مما لا تختلف النسخ فيه.

ومنها: إذا ولى الإمام رجلاً كتب له عهداً وأشهد عليه عدلين، فإن لم يشهد لم يلزم الناس طاعته إلا أن يصدقوه على أحد الوجهين في «الحاوي» وقيل يكتفى بالكتاب.

قال الإمام: يكتفى بشرط ظهور الصدق في مخايله.

وقال الإصطخري: الاستفاضة تكفي.

قلت الأرجح الاكتفاء إن حصل به ظن الولاية لا ظن الكتابة، وعدمه إن لم يحصل.

ومنها: الولاية، والعزل بالكتابة نقل الرافعي عن الأحكام السلطانية الاكتفاء بالخط في الولاية، وقال: في العزل ببلوغ الخبر الخلاف فيما إذا عزله لفظاً أو كتب إليه عزلتك. المسألة.

ومنها: إذا كتب الطلاق فقيل: صريح، وقيل لغو والصحيح كناية، فإن نوى وقع.

ومنها: شهادة الشهود على ما كتب في وصية لم يطلعا عليها، قال جماهير الأصحاب: لا يكفي، وخالفهم محمد بن نصر والشيخ الإمام.

ومنها: إذا وجد مع اللقيط رقعة فيها إن تحته دفيناً وأنه له، ففي اعتمادها وجهان.

ومنها: قال الماوردي والروياني في آخر الضمان:

إذا كتب سفتجة بلفظ الحوالة ووردت على المكتوب إليه لزمه أداؤها إذا اعترف بدين الكاتب وأنه كناية أراد به الحوالة، ويدين المكتوب له فإن أنكر شيئاً من ذلك لم يلزمه.

ومن أصحابنا من ألزمه إذا اعترف بالكتاب والدين اعتماداً على العرف ولتعذر الوصول إلى الإرادة.

ومنها: قال النووي في «الأذكار» من كتب سلاماً في كتاب وجب على المكتوب إليه رد السلام إذا بلغه الكتاب.

قاله المتولي والواحدي[1] وغيرهما وزاد في شرح المهذب أنه يجب الرد على الفور وعزاه إلى المتولي والواحدي والرافعي.

فأما الفورية بعد أصل الوجوب فظاهرة، وإلا لم يكن رداً، وأما أصل وجوب الرد بالكتابة فرأيت من يشعر بها لأن الكتابة ليست صريحة.

قلت: والظاهر الوجوب لاطراد العرف بذلك.

ومنها: يجوز الاعتماد على خط المفتي، قاله القاضي الحسين في فتاويه.

ومنها: يجوز اعتماد الراوي على سماع جزء وجد اسمه مكتوباً فيه إنه سمعه إذا ظن ذلك بالمعاصرة واللقى ونحوهما مما يغلب على الظن وإن لم يتذكر وعليه العمل.

وتوقف فيه القاضي الحسين في فتاويه، ولا وجه للتوقف، فهذه ظنون معتضدة بالقرائن ربما انتهت إلى القطع.

المبحث الرابع أن الكتابة هل يكون لها كناية؟

ذكر الرافعي في كتاب الطلاق في أواخر مسألة ـ أنت علي حرام ـ فيما لو قال: أنت علي كالميتة أو الدم وقال أردت أنها حرام. على أن الشيخ أبا حامد قال: إن جعلناه صريحاً وجبت الكفارة، أو الكناية فلا، لأنه لا يكون للكناية كناية.

قال الرافعي: وتبعه على هذا جماعة. قال: لكن لا يكاد يتحقق هذا التصوير لأنه ينوي باللفظ معنى لفظ آخر ـ لا صورة اللفظ ـ وإذا كان المنوي المعنى فلا فرق بين أن يقال: نوى التحريم أو نوى أنت علي حرام.

قلت: وقد يقال: من نوى باللفظ معنى لفظ آخر فلا بد أن يكون يجوز به عن لفظه، وإلا فلا تعلق للفظ بالمعنى البتة وتصير النية متجردة مع لفظ غير صالح فلا يؤثر،

---

(١) هو أبو الحسن علي بن أحمد بن محمد النيسابوري الواحدي أصله من ساوة كان إماماً في النحو واللغة وغيرها وأستاذ الفقه والتفسير في عصره وله تصانيف معروفة في التفسير منها البسيط والوسيط والوجيز ومنه أخذ الغزالي هذه الأسماء، مات بنيسابور في جمادى الآخرة سنة ثمان وستين وأربعمائة، ابن هداية الله ١٦٨، ابن السبكي ٥ / ٢٤٠، غاية النهاية ١ / ٥٢٣ وفيات الأعيان ٢ / ٤٦٤، إنباه الرواة ٢ / ٢٢٣.

ومتى يجوز به عنه كان هو الكناية عن الكناية وكان المانع للكناية عن الكناية نقل بضعفها، فهي كالمجاز عن المجاز والمجاز لا يكون له مجاز.

وفي القاعدة مسائل:

منها: لو قال: أنا منك بائن ونوى الطلاق قال بعضهم: لا يقع لأنه كناية عن الكناية.

ومنها: كناية الطلاق كناية على الصحيح، ولو كتب كناية من كنايات الطلاق ونوى، قال الرافعي: فهو كما لو كتب الصريح.

قلت: فهذا كناية عن الكناية.

فصل

نجز الكلام على قاعدة «إنما الأعمال بالنيات».

وأكثر تأثيرها في أبواب العبادات، ومن ثم أدخل بعضهم فيها تقسيماً في العبادات معزواً إلى الماوردي والبندنيجي وهو أن العبادات ثلاثة أضرب.

ما يشترط فيه الفعل دون الوجوب والتعيين، كالطهارة والحج والعمرة.

ما يشترط فيه الفعل والوجوب دون التعيين، كالكفارة والزكاة.

وما يشترط فيه الفعل والتعيين دون الوجوب، كالصلاة والصيام.

وهذا تقسيم وليس بقاعدة فلا ينبغي عده من القواعد وسنبين في آخر هذا الكتاب إن شاء الله تعالى أن عد التقسيم من القواعد خطأ.

وبنجاز الكلام على هذا نجز الكلام على القواعد الخمس، وكنا بسبيل من بسط القول فيها أزيد مما ذكرناه، غير أنا رمنا الاختصار ولنذكر بعدها ما يحضرنا من القواعد، وما عقدنا له هذا الكتاب من الزوائد، والتتمات والتنبيهات والخواتيم.

والرأي أن نبتدىء بالقواعد التي لا تخص باباً دون باب ونسميها «القواعد العامة» فإذا نجزت ذكرنا القواعد المخصوصة بالأبواب، ونلقبها بالقواعد الخاصة. وقد نذكر في كل من القسمين ما هو من الآخر لغرض يدعو إلى ذلك من تقدم المسائل للوصول إلى سره.

فإذا نجزت تم بنجازها قواعد الفقه بجملته فنعقد بعدها باباً لمسائل كلامية

يخوض فيها أرباب أصول الديانات، وهي مما ينشأ عنها فروع فقهيات، فلا بد للفقيه من الاطلاع عليها.

فإذا [**نجزت**][1] عقدنا باباً لمسائل أصولية يتخرج عليها فروع فقهية، وهو أكثر من الباب قبله، لشدة ارتباط الفقه بأصوله [**فإذا نجزت عقدنا باباً للكلمات العربية والمركبات النحوية يترتب عليها فروع فقهية.**

فإذا نجزت عقدنا باباً][2] للمآخذ المختلف فيها بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة هو في الحقيقة كتاب في الخلافيات يشتمل على أكثر من مسائل الخلاف. فإذا نجزت أتينا بعدة فصول تشتمل على زوائد مهمات وأمور منبهات وخواتيم هي كالتكميلات. يتم بنجازها هذا المجموع إن شاء الله تعالى مجموعاً مباركاً خلافاً نافعاً مصنفه والناظر فيه في الدنيا والآخرة ببركة سيدنا رسول الله ﷺ... إن شاء الله عوداً على بدء.

القول في القواعد العامة سوى الخمس المتقدمة

قاعدة: ما أوجب أعظم الأمرين بخصوصه، لا يوجب أهونهما بعمومه[3].

ومن ثم مسائل[4]:

منها: لا يجب على الزاني التعزير بالملامسة والمفاخذة، فإن أعظم الأمرين وهو الحد قد وجب.

ومنها: زنى المحصن لما أوجب أعظم الحدين وهو الرجم بخصوصه وهو زنى المحصن لم يوجب أهونهما. وهو الجلد بعموم كونه زنى، ومن ثم ضعف قول ابن المنذر[5]، حيث جمع بين الجلد والرجم على المحصن.

---

(١) في ب نجز.

(٢) سقط من ب.

(٣) انظر المنثور للزركشي ٣/١٣١، الأشباه للسيوطي ص ١٤٩.

(٤) انظر هذه المسائل في المصدرين السابقين.

(٥) هو أبو بكر إبراهيم بن المنذر النيسابوري أحد الأئمة الأعلام له تصانيف كثيرة كالإجماع والإشراف والإقناع والمبسوط والأوسط، قال الذهبي: لم يكن يتقيد بمذهب بل يدور مع ظهور الدليل. ابن السبكي ٢ / ١٢٦، لسان الميزان ٥ / ٢٧، الوافي بالوفيات ١ / ٣٣٦، تذكرة الحفاظ ٣ / ٤، وفيات الأعيان ٣ / ٣٤٤، ابن هداية الله ص ٥٩.

ومنها: لا ينتقض الوضوء بخروج المني. خلافاً للقاضي أبي الطيب الطبري في أحد قوليه والرافعي أيضاً في آخر ترجيحه فإنه رجح ذلك في كتابه المسمى بالمحمود الذي صنفه في الفقه ومات ولم يكمله وأشار إليه في كتاب الحيض من الشرح والشيخ الإمام رحمه الله حيث قالوا: ينتقض الوضوء بخروجه وإن أوجب أعظم الأمرين وهو الغسل.

وللشيخ الإمام كلام على القاعدة في كتاب «السيف المسلول».

تنبيه:

قد تنتقض القاعدة بمسائل:

منها: الحيض فإنه يوجب أعظم الأمرين بخصوص كونه حيضاً ومع ذلك يوجب الوضوء، قال الماوردي: بالاتفاق.

غير أن دعوى الاتفاق ممنوعة، ففي لطيف ابن خيران[١]، أن الحيض لا ينقض الوضوء وكذا النفاس[٢].

فصل

يقرب من هذه القاعدة قاعدة أخرى.

وهي إذا اجتمع أمران من جنس واحد دخل أحدهما في الآخر غالباً[٣]. ومن ثم لو شرب أو زنى مراراً ولم يحد حد حداً واحداً[٤].

---

(١) هو أبو الحسن بن علي بن محمد بن خيران البغوي صاحب اللطيف درس عليه الشيخ أحمد بن رامين وكتابه اللطيف دون التنبيه حجماً كثير الأبواب جداً، ابن هداية الله ص ١١٢.

(٢) ومنها: الولادة توجب الغسل والوضوء.

ومنها: من اشترى أمة شراء فاسداً ووطئها لزمة المهر لاستمتاعه وأرش البكارة إذا كانت بكراً لأنه في مقابلة إزالة العين والمهر في مقابلة استيفاء منفعة فلما اختلف سببهما لم يمنع وجوبها وهذا ما صححه الرافعي في البيع وقيل يندرج الأرش في المهر وصححه في باب الرد بالعيب

وفيها: لو شهدوا على محصن بالزنى فرجم ثم رجعوا عن الشهادة اقتص منهم لكن يحدون للقذف أولاً ثم يرجمون وذكر الرافعي في كتاب الغنيمة أن من قاتل من أهل الكمال أكثر من غيره يرضخ له مع السهم، ذكره المسعودي وصاحب التهذيب ومنهم من نازع كلامه فيه وقال يزاد من سهم المصالح ما يليق بالحال، المنثور ٣ / ١٣٢.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ١٢٦.

(٤) قال الرافعي وهل يقال وجب لها حدود ثم عادت إلى حد واحد أو لم يجب إلا حد واحد وجعلت الزنيات كالحركات في زنية واحدة؟ ذكروا فيه احتمالين.

ولهذه القاعدة فروع كثيرة فارجع إليها إن شئت في المرجع السابق.

[وهذه][1] القاعدة أعم من التي قبلها، لأن الشيئين من جنس واحد قد يكون أحدهما أعم من الآخر وقد لا يكون.

فصل

وأشبه من هذه القاعدة بالقاعدة قبلها قاعدة أخرى.

وهي: إذا بطل الخصوص بقي العموم[2]، وقد يقال: لا يلزم من ارتفاع الخاص ارتفاع العام.

تلك عبارة الفقهاء، وهذه عبارة الأصوليين.

وقد تنتقض القاعدة بما إذا نوى الاقتداء بزيد فبان عمرو فإنه لا يصح مع أن المرتفع خاص، وهو الاقتداء بفلان، لا مطلق الاقتداء.

وجواب هذا قدمناه عن الشيخ الإمام فسلمت القاعدة ولهذا أصل كلامي ستكون لنا عودة إلى ذكره في مسائل الكلام إن شاء الله تعالى وهو أن الجنس هل يتقوم بالفصل وهو من مخاضات الحكماء، لا من موارد المتكلمين، وإنما يذكره المتكلمون تبعاً للحكماء، وعن هذا الأصل نشأت هذه القاعدة من [**الأصوليين**][3] وخرج منهم مخرج عليها.

«إذا نسخ الوجوب بقي الجواز» توهماً من هذا المخرج أن الجواز أعم لا قسيم. وقد تكلمنا على هذا في أصول الفقه، وخرج الفقهاء عليها مسائل.

منها: إذا فسدت الوكالة لكونها معلقة على شرط فتصرف الوكيل عند وجود الشرط فالأصح الصحة، تمسكاً بمطلق الإذن.

ومنها: إذا نوى مع الفريضة ما ينافيها ولا ينافي النافلة فالفرض يبطل وفي بقاء عموم الطاعة قولان يختلف الترجيح [فيهما][4] بحسب الصور وهي كثيرة.

ومنها: من أحرم بالظهر قبل الزوال فالأظهر ثالثها أنها تنعقد نافلة إن كان له عذر.

ومثله: لو وجد المسبوق الإمام راكعاً فأتى ببعض تكبيرة الإحرام في الركوع لم

---

(١) في ب وهذا.

(٢) المنثور ١ / ١١١، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٨٢.

(٣) في ب الأصول.

(٤) في ب بينهم.

ينعقد الفرض، ثم إن علم تحريمه فالأظهر البطلان، وإلا فالأظهر الانعقاد.

ومنها: لو أحرم بفريضة منفرداً ثم أقيمت جماعة فسلم من ركعتين ليدركها الأظهر صحتها نفلاً.

ومنها: لو وجد قاعداً المصلي خفة في صلاته فلم يقم، أو أحرم ـ القادر على القيام ـ بالغرض قاعداً، أو قلب المصلي فرضه نفلاً بلا سبب، فالأظهر البطلان في الثلاثة [والله أعلم](1).

قاعدة: لا يثبت حكم الشيء قبل وجوده.

وإن شئت قل: لا يثبت حكم المعلوم قبل وقوعه، ليشمل الموجود والمعدوم. وهذا أصل مقرر قد ينقض بنحو: ما إذا حلف ليأكلن هذا الطعام غداً فإنه يحنث إذا أتلفه قبل الغد وكذا إذا أتلف بنفسه أو أتلفه أجنبي على قول:

وهل الحنث في الحال بحصول اليأس أو بعد مجيء الغد؟

فيه قولان أو وجهان: فعلى القول بأنه يحنث في الحال يقال: ثبت حكم الغد قبل وجوده.

وطريق الجواب أن نقول: لما حصل اليأس الآن كنا على قطع بفوات المحلوف عليه غداً، فلم يكن لانتظار غداً معنى.

هذا على هذا القول، والأرجح عندنا ـ وبه قطع ابن كج(2) ـ تأخر الحنث إلى الغد. وتظهر فائدته فيما لو كان معسراً يكفر بالصوم فيجوز له أن ينوي صوم الغد عن كفارته إن قلنا: يحنث قبل الغد ولو مات الحالف قبل الغد أو أعسر وقلنا يعتبر في الكفارة حال الوجوب.

إذا [عرفت](3) هذا فنقول: لهذا الفرع وأشباهه التفات على أصل آخر يقع

---

(1) سقط من الأصل.

(2) يوسف بن أحمد بن كج القاضي أبو القاسم الدنيوري أحد الأئمة المشهورين وحفاظ المذهب المصنفين وأصحاب الوجوه المتقنين تفقه بأبي الحسين بن القطان وحضر مجلس الداركي وانتهت إليه الرئاسة ببلاده في المذهب وكج بكاف مفتوحة وجيم مشدودة وهي في اللغة للجص الذي تبيض به الحيطان ومن تصانيفه التجريد وهو مطول. توفي ليلة السابع والعشرين من شهر رمضان سنة خمس وأربعمائة قتيلاً قتله العيارون، وفيات الأعيان ٦ / ٦٣، شذرات الذهب ٣ / ١٧٧، ابن قاضي شهبة ١ / ١٩٨.

(3) وفي ب عرف.

كالمستثنى عن هذا الأصل، وهو أن ما قارب الشيء هل يعطى حكمه؟

وقريب من هذه العبارة قولهم: المتوقع هل يجعل كالواقع؟

وكذلك قولهم: المشرف على الزوال هل يعطى حكم الزائل؟

وكذلك قولهم: هل العبرة بالحال أو المآل.

وكذلك قولهم: هل النظر إلى حال التعلق أو حال وجود الصفة.

ولا بد من عقد فصول لهذه العبارات نرى قبل ذكرها أن نشرح ونميز ما التفاوت بينها.

فنقول: غير الواقع إن كان مما[1] علم أنه سيقع: فهو مسألة الطعام التالف قبل الغد المحلوف على آكله فيه.

وإلا فإن لم يكن قريباً من الوقوع فلا يعطى حكم الواقع، وإن كان قريباً فهو مسألة ما قارب الشيء هل يعطى حكمه؟ وهي أعم من قولنا: المتوقع هل يكون كالواقع؟ والمشرف على الزوال هل يكون كالزائل؟ لشمولها الأمرين غير أن قولنا: المتوقع كالواقع يشبه أن يختص بما سيوجد، وقولنا: المشرف على الزوال كالزائل يشبه أن يختص بما سيعدم.

فيعطى هناك المعدوم الذي سيوجد حكم الموجود **[وهنا الموجود]**[2] الذي سيعدم حكم المعدوم.

وقولنا: هل العبرة بالحال أو المآل بينه وبين قولنا: ما قارب الشيء أعطي حكمه عموم وخصوص.

فإنه أعم من حيث انا نعطي الشيء في كل من حالتي الحال والمآل حكم الأمرين معاً، سواء كان أحدهما مقارناً للآخر أم لا.

وأخص، من حيث إن مقاربة الشيء يعطى حكمه وإن لم يكن موضوعاً لأن يؤول إليه.

وأما قولنا: هل النظر إلى التعليق أو إلى حال وجود الصفة؟ هل هو أخص من قولنا: هل النظر إلى الحال أو المآل، لأن النظر إلى الحال أو المآل لا يختص بصيغ التعليقات، بل يجري في التعليقات وغيرها.

---

(١) في ب إن كان مما علم.

(٢) سقط من أ والمثبت من ب.

فصل

إذا تحققنا أن الفعل المأمور به أو الذي يحاول المكلف وقوعه لغرض ما أو الذي علق على وقوعه أمراً ما لا يقع لمانع تحققنا أن يقع في أثنائه أو قبله أو غير ذلك، فهل نعطيه الآن حكم الفائت وترتب مقتضى فواته. أو لا نعطيه ذلك بل يجري عليه حكم عدم فواته إلى أن يقع فواته وقد تختص هذه العبارات ويقال أعطى الشيء حكم الفائت هل يستدعى وقوع فواته أو يكتفى بتحقيق ذلك وقد علمت أن هذا غير قولنا: هل العبرة بالحل أو المآل لاختصاص هذا بأن ما هو متحقق الفوات مستقبلاً هل يعطى حكم الفوات قبل حصوله وفيه مسائل.

أجدرها بالتقديم: ما إذا حلف ليأكلن هذا الرغيف غداً فتلف قبل الغد وقد قدمناها.

ومنها: لو كان القميص بحيث تظهر منه العورة عند الركوع ولا تظهر عند القيام فهل تنعقد صلاته ثم إذا ركع تبطل، أو لا تنعقد أصلاً؟

فيه وجهان تظهر فائدتهما فيما لو اقتدى به غيره قبل الركوع، وفيما [إذا][1] ألقى ثوباً على عاتقه قبل الركوع.

ومنها: من عليه عشرة أيام من رمضان فلم يقضها حتى بقي من شعبان خمسة أيام، فهل يجب عليه فدية ما لا يسعه الوقت في الحال، أو لا يجب إلى أن يدخل رمضان؟

فيه وجهان شبههما الرافعي وغيره بما إذا حلف ليشربن ماء هذا الكوز غداً فانصب قبل الغد.

قال الشيخ [الإمام][2] وفي هذه العبارة نظر، لأن الصحيح فيما إذا انصب بنفسه عدم الحنث.

ونظيره هنا: إذا لم يزل عذره إلا ذلك الوقت، ولا شك أنه لا يجب عليه شيء إلا [على][3] ما يقوله أبو يحيى البلخي، فيجب فرض المسألة فيما إذا كان التمكن سابقاً وحينئذٍ يشبه بما إذا صب هو الماء فإنه يحنث.

(١) في ب لو. (٢) سقط من أ والمثبت من ب. (٣) سقط في ب.

وفي وقت حنثه الوجهان، ولم يرجح الرافعي منهما، في كتاب الأيمان شيئاً، وإنما قال: الذي أورده ابن كج هو الثاني، يعني أنه لا يحنث إلا عند مجيء الغد. وعلى قياسه هنا: لا يلزم إلا عند مجيء رمضان.

وللوالد ـ رحمه الله ـ على المسألة كلام نفيس أزيد من هذا في تفاريقها ذكره في كتاب الصوم لا بد من معاودته.

ومنها: لو أسلم فيما يعم وجوده عند المحل فعرضت آفة علم بها بانقطاع الجنس عن المحل، فقيل يتنجز حكم الانقطاع في الحال ـ والأصح يتأخر إلى المحل ومنها لو نوى في الركعة الأولى الخروج من الصلاة في الثانية أو علق الخروج بشيء يوجد لا محالة في صلاته بطلت في الحال على الصحيح وكذا لو علق بما يحتمل حصوله على الأصح والثاني لا تبطل في الحال وعليه فالأصح أنها تبطل إذا وجدت الصفة وهو ذاهل عن التعليق كما لو كان ذاكراً.

ومنها: على وجه ليس لمن عليه دين مؤجل السفر بغير إذن الدائن إن كان الدين يحل قبل رجوعه، وقيل: مطلقاً إلا أن يقيم كفيلاً، وقيل: إلا أن يحلف وفاء، وقيل: إلا أن يكون من المرتزقة، والصحيح ليس له منعه مطلقاً، إذ لا مطالبة له في الحال.

فصل

قريب المأخذ من هذه المسائل ما عرف تطرق البطلان إليه لو وقع فهل يمتنع إيقاعه ويكون باطلاً من [أوله][1] أو لا يبطل مجيء سبب البطلان؟

ولك أن تقول: هل يصح ثم يفسد، أو لا يصح أصلاً؟ فيه خلاف في صور.

منها: إذا فرق الإمام الناس في صلاة الخوف الرباعية أربع فرق فصلى بكل فرقة ركعة صحت صلاة الجميع في [الأظهر][2].

وفي قول: تصح صلاة الإمام والطائفة الرابعة.

وفي ثالث تبطل صلاة الإمام بالانتظار الواقع في الركعة الثالثة، وتصح صلاة الطائفة الأولى والثانية، لأنهما فارقتا قبل طريان المبطل، والفرق في الثالثة والرابعة بين أن يعلموا ببطلان صلاة الإمام أو لا.

---

(١) سقط في ب.
(٢) في ب الظهر.

وفي رابع: بطلان صلاة الإمام بالانتظار الثالث الواقع في الركعة الرابعة وبطلان الصلاة الرابعة إن علمت.

والخامس: بطلان صلاة الجميع.

ومنها: إذا كانت عورته لا ترى في حالة القيام في الصلاة ولكن ترى في الركوع كما لو كان على إزاره ثقبة فجمع الثوب عليها بيده، ففي انعقاد الصلاة وجهان أصحهما الانعقاد، ثم إذا انتهى إلى الركوع ولم يحصل ذلك بطلت. وتظهر فائدة الخلاف فيما [إذا](١) اقتدى به غيره قبل الركوع، وفيما إذا لو ألقى ثوباً على عاتقه قبل الركوع.

قال الأصبحي في كتاب المعين: ويحتمل فائدة أخرى، إذا صلى على جنازة.

قال: ويحتمل القطع بالصحة في صلاة الجنازة إذ لا ركوع فيها.

ومنها: إذا قصر حتى فرغت مدة الخف وهو في الصلاة بطلت، ولم يتخرج على القولين في سبق الحدث.

كذا أطلقه الأصحاب، وقيده الشيخ الإمام الوالد ـ رحمه الله ـ بما إذا لم يكن عالماً حين الدخول في الصلاة بأن المدة تنقضي في أثنائها. قال أما إذا علم فيتجه أن يقال: إن الصلاة لا تنعقد، لأن انعقادها. مع القطع بأن البطلان يعرض لها ـ بعيد.

قال: وليس كمن تنكشف عورته عند الركوع، لأن هناك لا يقطع بالبطلان بل الصحة ممكنة بأن يسترها عند الركوع.

ومنها: قال الرافعي على مساق هذه المسألة: قضيتها أن يقال: لو شرع في الصلاة على مدافعة الأخبثين وهو يعلم أنه لا تبقى له قوة التماسك في أثنائها ووقع ما علمه تبطل صلاته، ولا يخرج على قول سبق الحدث ـ وتبعه النووي.

قال الشيخ الإمام والدي: ينبغي أن يقال ما قلناه من التفصيل.

ومنها: من علمت أنها تحيض في أثناء النهار وجب عليها افتتاح اليوم بالصوم وهذا لا خلاف فيه، لأن المانع لم يوجد، وكل جزء من أجزاء النهار مطلوب فيه الصوم، ما لم يكن المانع قائماً.

ومنها: استأجر امرأة ـ أشرفت على الحيض ـ لكنس المسجد جاز وإن ظن طرو الحيض.

---

(١) في ب لو.

وللقاضي الحسين احتمال فيه كالسن الوجعة إذا احتمل زوال الألم. والفرق أن الكنس في الجملة جائز، والأصل عدم طرو الحيض.

تنبيه:

هذه المسائل قريبة المأخذ من المسألة الكلامية، وهي التكليف بما علم الآمر أو المأمور انتفاء شرط وقوعه عند وقته.

ولنا في شرح المختصر كلام نفيس على المسألة وتخريجات لطيفة.

فصل

قريب المأخذ من قولنا. ما لا تستمر صحته لو وقع فهل يصح ثم يفسد؟

أولا: يصح رأساً؟ قولنا: ما لا قرار لوجوبه إذا حضر سبب وجوده فهل نقول: وجب ثم سقط أو لم يجب أصلاً؟

فيه خلاف في مسائل:

منها: [**إذا وجب القصاص على رجل فورث القصاص ولده. فيه وجهان**][1].

ومنها: إذا زوج عبد بأمته، فهل يجب المهر ثم يسقط أو لا يجب أصلاً.

ومنها: إذا لم يدرك من الوقت قدر الفرض.

قال أبو يحيى البلخي: تجب الصلاة إذا أدرك بعض الفرض كما في آخر الوقت. والصحيح لا.

وفرق الأصحاب بأنه في آخر الوقت يمكنه البناء على ما أدرك بعد الوقت وهنا لا يمكن التقديم على الوقت.

غير أنهم ترددوا في أنه هل سقط الوجوب بعد ثبوته، أو تبين عدم الوجوب رأساً والذي صرح به النووي ـ في شرح المهذب ـ الثاني، قال الشيخ الإمام [الوالد][2] رحمه الله وكلام الأصحاب يقتضي الأول، وجعلوا الوجوب بأول الوقت والاستقرار بالتمكن كما في الزكاة.

ومنها: الفاتحة متعينة إلا في ركعة المسبوق، وهل نقول: إن القراءة تجب على المأموم المسبوق ويتحملها الإمام عنه أو لا تجب أصلاً؟

---

(١) هذا الفرع سقط في ب. (٢) سقط من ب.

وجهان: أصحهما الأول.

فعليه يحتمل أن يقال: وجبت ثم سقطت، ويحتمل أن يقال بل الوجوب باق، وقد جعل الشارع فعل الإمام لها على القول بالتحمل كفعل المأموم.

ومنها: اقتضى كلام ابن الصلاح أن من استطاع الحج قبل عرفة بيوم وبينه وبينها شهر ومات في تلك السنة أن الحج وجب عليه ثم سقط.

قال الوالد ـ رحمه الله ـ في كتاب الحج من شرح المنهاج: وهذا لا يقوله أحد ولا يظن بابن الصلاح وإن أوهمته عبارته.

ومنها: إذا رد الوارث تصرف المريض فيما زاد على الثلث فهل نقول: الزيادة ثبتت ثم ردت، أو تبين أنها لم تنفذ؟

فيه قولان حكاهما الإمام في كتاب العتق في الفروع المنثورة.

ومنها: إذا غرت الزوج قال الأصحاب: فالرجوع عليها ولفظ الرجوع ـ على ما ذكر الرافعي وغيره ـ يشعر بالدفع إليها ثم الاسترداد منها. قال: ولكن ذكر الشيخ [أبو حامد][1] أنه لا معنى للدفع والاسترداد، ويعود معنى الرجوع إلى أنه لا يغرم.

ومنها: إذا خرج من مكة، ولم يطف للوداع فعليه دم، فإن عاد قبل مسافة القصر سقط الدم على الصحيح، كذا عبارة الأصحاب، وظاهر السقوط أنه وجب ثم سقط. ونازع الشيخ الإمام ـ رحمه الله ـ في كونه وجب، وكذلك نازع في نظيره من مجاوزة الميقات عند ذكر الخلاف في الحكم بالإساءة هل يتوقف على عدم عوده؟

«القول في أنه هل الاعتبار بالحال أو بالمآل[2]»

وهذا أصل كبير يتخرج عليه مسائل هي أمهات في أنفسها وقواعد في أبوابها.

منها: هل الاعتبار بالتكافؤ في القصاص بحالة الجرح أو بحالة الزهوق؟

ومنها: هل [الاعتبار][3] بالإقرار للوارث بكونه وارثاً ـ حال الإقرار أو حال الموت؟

ومنها: هل الاعتبار بالثلث الذي يتصرف فيه المريض بحال الوصية أو حال الموت.

---

(١) في ب والإمام. (٢) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي / ١٧٨. (٣) سقط من ب.

ومنها: هل الاعتبار في الصلاة المقضية بحال الأداء أو بحال القضاء.

ومنها: هل الاعتبار في تعجيل الزكاة بحال الحول أو حال التعجيل.

ومنها: هل الاعتبار في الكفارة المرتبة بحال الوجوب أو بحال الأداء.

ومنها: هل الاعتبار بحال التوكيل أو بحال إنشاء التصرف؟

ومنها: هل الاعتبار في طلاق السنة والبدعة بحال الوقوع أو بحال التعليق. وهذا يدخل في قولنا: هل النظر إلى حال التعليق أو حال وجود الصفة؟

وهذه القواعد ربما نذكر كلاًّ منها مع ما تيسر من فروعه في بابه إن شاء الله تعالى. ولنذكر هنا ما هو من أصل قولنا:

هل الاعتبار بالحال أو بالمآل.

«القول فيما جزم فيه بأن الاعتبار بالحال».

وذلك في مسائل:

منها: يقبل الولي للصبي هبة من يعتق عليه إذا كان معسراً، لأنه لا يلزمه نفقته في الحال، فكان في قبول هذه الهبة تحصيل خير، وهو العتق، بلا ضرر، ولا ينظر إلى ما لعله يتوقع من حصول يسار للصبي وإعسار لهذا القريب، لأن هذا ليس يتحقق أنه آيل.

«القول فيما جزم فيه بأن الاعتبار بالمآل».

وهو في مسائل:

منها: بيع الجحش الصغير جائز وإن لم ينفع حالاً، لتوقع النفع به مآلاً.

ومنها: المساقاة على ما لا يثمر في السنة ويثمر بعدها جائز، بخلاف إجارة الجحش الصغير، لأن موضع الإجارة تعجيل المنفعة. ولا كذلك المساقاة [إذ][1] تأخر الثمار محتمل فيها.

كذا فرق الرافعي. وبه يظهر لك أن المنفعة المشروطة في البيع غير المنفعة المشروطة في الإجارة، إذ تلك أعم من كونها حالاً أو مآلاً. ولا كذلك الإجارة.

ومنها: اقتناء الكلب الكبير لتعلم الصيد. قال النووي اتفق الأصحاب على جوازه[2].

---

(١) في ب ان.

(٢) ومنها جواز التيمم لمن معه ماء يحتاج إلى شربه في المآل لا في الحال.

«القول فيما اختلف فيه هل يعتبر فيه الحال أو المآل».

وهو في مسائل.

منها: تربية جرو الكلب لما يباح تربية الكبير له.

ومنها: بيع الحمار الزمن.

قاعدة: درء المفاسد أولى من جلب المصالح(١).

ويستثنى مسائل: يرجع حاصل مجموعها إلى أن المصلحة إذا عظم وقوعها وكان وقع المفسدة. كانت المصلحة أولى بالاعتبار.

ويظهر بذلك أن درء المفاسد، إنما يترجح على جلب المصالح إذا استويا فما استثني من أن درء المفاسد أولى ـ المتحيرة. فعليها صلاة الفرائض أبداً احتياطاً لمصلحة الصلاة. ولم تحتط لدرء المفسدة الحاصلة من الصلاة عن الحيض. وكذلك صلاة النافلة أيضاً. لا يمنع منها على الأصح، لأنها من مهمات الدين فلا يمنع منها ـ راتبة كانت أو غيرها.

قاعدة: ما لا يقبل التبعيض يكون اختيار بعضه كاختيار كله وإسقاط بعضه كإسقاط كله(٢).

وهذا أصل اتفق عليه الفريقان، وبنى عليه أبو حنيفة رحمه الله أن الموصى إليه في نوع من التصرف يصير وصياً مطلقاً ظناً منه أن الوصية لا تتجزأ، لكونها ولاية قال: والولاية لا تتجزأ، وكذلك فعل في العبد المأذون. فعدى الإذن له في نوع إلى سائر الأنواع ولسنا نسلم له عدم التجزيء.

وفي القاعدة فروع.

منها: إذا قال: أنت طالق نصف طلقة أو بعضك طالق طلقت طلقة، لا فرق بين اختيار بعض الطلاق أو طلاق البعض.

ومنها: إذا عفا مستحق القصاص عن بعضه سقط.

---

(١) لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات ولذلك قال ﷺ إذا أمرتكم بأمر فائتوا منه ما استطعتم وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه.

(٢) المنثور ٣ / ١٥٣، الأشباه للسيوطي ١٦٠.

ومنها: إذا عفا الشفيع عن بعض حقه فالأصح سقوط كله.

والثاني: لا يسقط شيء لأن التبعيض تعذر.

وما الشفعة مما يسقط بالشبهة، ففارقت القصاص، فغلب جانب الثبوت.

والثالث: تبعيض، لأنه حق مالي قابل للانقسام، ففارق القصاص والطلاق.

ومنها: هل للإمام أن يرق بعض شخص إذا استأثره؟

فيه وجهان، فإن قلنا: لا. فإذا أضرب الرق على بعضه رق كله.

قال الرافعي: وكان يجوز أن يقال: لا يرق، شيء وضعفه ابن الرفعة بأن في إرقاق كله درء القتل وهو يسقط الشبهة كالقصاص، ثم وجهه بنظيره في الشفعة.

قلت: وكان يجوز أن يقال: يعمل بإرقاق بعضه في درء القصاص لا في الإرقاق.

ومنها: إذا اشترى عبدين فوجد بأحدهما عيباً ولم يجوز إفراده بالرد فلو قال: رددت المعيبة منهما، فالأصح لا يكون رداً لهما، وقيل: يكون[1].

فصل

وقد لا يكون اختيار بعضه اختياراً لكله [ولا][2] سبيل إلى التبعيض فيلغو.

وذلك في مسائل:

منها: حق الشفعة ـ على وجه ـ كما تقدم، والإرقاق على بحث الرافعي.

ومنها: حد القذف [ذكره][3] الرافعي في باب الشفعة أن العفو عن بعضه لا يوجب سقوط شيء، واستشهد به للوجه الصائر إلى أن العفو عن بعض الشفعة لا يسقط شيئاً منها وتبعه جماعة آخرهم الشيخ الإمام الوالد في «شرح المنهاج» وهذا فرع لم يذكره في [باب][4] حد القذف، وإنما ذكره في مسألة عفو بعض الورثة، وفيها الأوجه المشهورة، أصحها: أن لمن بقي استيفاء جميعه. وهو يؤيد أن حد القذف لا يتبعض.

وأقول: إن سلم أنه لا يتبعض فلا بد أن يطرقه الخلاف في أنه هل يسقط كله أو

---

(١) ومنها إذا قال أحرمت بنصف نسك انعقد بنسك كالطلاق كما في زوائد الروضة ولا نظير لها في العبادات.

(٢) سقط من ب.

(٣) سقط من ب.

(٤) سقط من ب.

يلغـو كما في عفو بعض الورثة وعفو بعض الشفعاء، ثم إني لا أسلم أنه لا يتبعض فإنه جلدات معروفة العدد، ولا ريب في أن المستحق لو عفـا بعد ما أصاب القاذف بعضها سقط ما بقي منها، فكذلك إذا أسقط منها في الابتداء قدراً معلوماً. وإذا تأملت ما قلته من تبعيض القذف وما قاله بعضهم من تبعيض الشفعة وعلمت أنه لم يقل أحد في مسألة الإرقاق بأنه يلغو ـ غير بحث الرافعي ـ علمت سلامة القاعدة من النقض.

فصل

إذا جعلنا اختيار بعض ما لا يتجزأ اختياراً لكله فهل اختياره للبعض نفس اختياره للكل وإنما هو عبر بالبعض عن الكل؟ أو اختيار ذلك البعض ثم يسري منه إلى غيره لضرورة عدم التجزؤ.

فيه خلاف شهير في مسائل.

منها: طلاق بعضها، وتبعيض طلاقها، وعتق البعض. وأما تبعيض العتق فلا أعرفه مسطوراً، وهو مثل: قوله: أنت حر نصف حرية، والذي يظهر أنه لغو ويحتمل أن يقال: يبطل قوله: ونصف حرية ويعمل بقوله: أنت حر نصف حرية.

والذي يظهر أنه لغو، ويحتمل أن يقال: وإن لم يقل بنظيره في البيع والفرق قوة العتق وسرعة نفوذه.

تنبيه:

إذا وقفت على قولنا: طلاق بعضها، وتبعيض طلاقها وعتق البعض، وتبعيض العتق، واستحسنت هذه العبارة ورشاقتها، انتقل ذهنك إلى نظائرها.

ومنها: قول الإمام في النهاية في باب الكفارة قبل الحنث: كما لا يعتبر حكم المحلوف باليمين لا يعتبر حكم اليمين بالمحلوف عليه. ذكره توجيهاً للقول بأن تقديم الكفارة على الحنث وإن كان محظوراً جائز.

ومنها: قول بعض علمائنا: الواجب في الطهارة عندنا الماء المطلق فلا يجوز المتغير كثيراً بمستغنى عنه.

وعند أبي حنيفة: مطلق الماء.

ووقعت بيني وبين الوالد ـ رحمه الله ـ مباحثة في الفرق بين العبارتين صنف من

أجلها [مصنفاً][1] في ذلك [وقرر][2] أنه لا فرق بينهما.

ومنها: أن النيـة في الوضوء تجب عند أول غسل الوجه، لا عند غسل أول الوجه ـ وهو أعلاه ـ بل لو ابتدأ من مؤخرة وجهه ونوى صح.

ومنها: لا ولاء لمعتق الأب مع أبي المعتق، وهي مسألة التعجيـز. وكل هـذه عبارات يختلف المعنى فيها بالتقديم والتأخير ـ يسميها الأديب. رد العجز على الصدر ـ تستدعي حضور ذهن صحيح، خشية الوقوع في الغلط. وقد وقع في الكتاب العزيز في سورة البقرة[3] ﴿**وادخلوا الباب سجداً وقولوا حطة**﴾، وفي الأعراف[4]: ﴿**وقولوا حطة وادخلوا الباب سجداً**﴾.

وفي البقرة[5]: ﴿**والنصاري والصابئين**﴾، وفي الحج[6] ﴿**والصابئين والنصاري**﴾.

في البقرة[7] والأنعام[8]: ﴿**قل إن هدى الله هو الهدى**﴾ وفي آل عمران[9]. ﴿**قل إن الهدى هدى الله**﴾.

في البقرة[10]: ﴿**ويكون الرسول عليكم شهيداً**﴾، وفي الحج[11]: ﴿**شهيداً عليكم**﴾.

في البقرة[12]: ﴿**وما أهل به لغير الله**﴾، وباقي القرآن ﴿**لغير الله به**﴾.

في البقرة[13]: ﴿**لا يقدرون على شيء مما كسبوا**﴾ وفي إبراهيم[14]، ﴿**مما كسبوا على شيء**﴾.

في آل عمران[15]: ﴿**ولتطمئن قلوبكم به**﴾ وفي الأنفال[16]: ﴿**به قلوبكم**﴾.

في النساء[17]: ﴿**كونوا قوامين بالقسط شهداء لله**﴾ وفي المائدة[18]: ﴿**كونوا قوامين لله شهداء بالقسط**﴾.

---

(١) في ب تصنيفاً.
(٢) وفي ب وقَوّى.
(٣) آية: ٥٨.
(٤) آية: ١٧.
(٥) آية: ٦٢.
(٦) آية: ١٧.
(٧) آية: ١٢٠.
(٨) آية: ٧١.
(٩) آية: ٧٣.
(١٠) آية ١٤٣.
(١١) آية: ٧٨.
(١٢) آية: ١٧٣.
(١٣) آية: ٢٦٤.
(١٤) آية: ١١٨.
(١٥) آية: ١٢٦.
(١٦) آية: ١٠.
(١٧) آية: ١٣٥.
(١٨) آية: ٨.

في الأنعام[1]: ﴿لا إله إلا هو خالق كل شيء﴾ وفي المؤمن[2]: ﴿خالق كل شيء لا إله إلا هو﴾.

في الأنعام[3]: ﴿نحن نرزقكم وإياهم﴾ وفي بني إسرائيل[4]: ﴿نحن نرزقهم وإياكم﴾.

في النحل[5]: ﴿وترى الفلك مواخر فيه﴾ وفي فاطر[6]: ﴿فيه مواخر﴾.

في بني إسرائيل[7]: ﴿ولقد صرفنا للناس في هذا القرآن﴾ وفي الكهف[8]: ﴿في هذا القرآن للناس﴾.

في بني إسرائيل[9]: ﴿قل كفى بالله شهيداً بيني وبينكم﴾ وفي العنكبوت[10]: ﴿بيني وبينكم شهيداً﴾.

في المؤمنين[11]: ﴿لقد وعدنا نحن وآباؤنا هذا من قبل﴾ وفي النمل[12]: ﴿لقد وعدنا هذا نحن وآباؤنا من قبل﴾.

في القصص[13]: ﴿وجاء رجل من أقصى المدينة يسعى﴾ وفي يس[14]: ﴿وجاء من أقصى المدينة رجل يسعى﴾.

فصل

قولنا: اختيار بعض ما لا يتجزأ اختيار لكله.

هي عبارة الأصحاب. وقد يعبر عن الغرض بعبارة هي أعم من تلك فيقال: الحكم على بعض ما لا يتجزأ بنفي أو إثبات حكم على كله.

ولنذكر مسألة من هذا القبيل يتضح بها المقصود، فنقول اعتقد الرافعي أن الغرة الواجبة في الجنين لا تتجزأ عند بعض أصحابنا، فحكى في الجنين ـ المحكوم له باليهودية أو النصرانية ـ ثلاثة أوجه.

---

(١) آية: ١٠٢.
(٢) آية: ٦٢.
(٣) آية: ١٥١.
(٤) آية: ٣١.
(٥) آية: ١٤.
(٦) آية: ١٢.
(٧) آية: ٤١.
(٨) آية: ٥٤.
(٩) آية: ٩٦.
(١٠) آية: ٥٢.
(١١) آية: ٨٣.
(١٢) آية: ٦٨.
(١٣) آية: ٢٠.
(١٤) آية: ٢٠.

إحداها: وجوب غرة ولا يقال بالتسوية بينه وبين الجنين المسلم، لأنه لا سبيل إلى الإهدار ولا إلى تجزئة الغرة.

وثانيها: لا يجب شيء لامتناع التسوية بين المسلم والكافر وامتناع التجزئة. وهذان الوجهان على معتقد الرافعي ناشئان عن اعتقاد عدم التجزئة وأصحها: أنه يجب ثلث ما يجب في الجنين المسلم.

وقد اتضح غرضنا بذكر هذه المسألة، وإن كانت في الرافعي غير محررة ولأن الوجه الأول غير معروف في المذهب، وغالب الظن انه وهم في الرافعي من وجه حكاه الإمام في النهاية. أنه يجب عبد ناقص القيمة نسبته إلى دية الكافر كنسبة خمس من الإبل إلى دية المسلم. فالتسوية واقعة في وجوب أصل العبد، لا في استواء العبدين، فلا قائل بأن الغرة الواجبة في المسلم تساوي الواجبة في الكافر.

وكذلك الثاني: إذ لا يعرف قائل بإهدار الجنين الكافر وإنما هو وهم في الرافعي من وجه حكاه الإمام أيضاً عن المراوزة أن الغرة لا مدخل لها في الجنين الكافر فلا يجب فيه عبد ولا جزء من عبد.

وليس مراد الإمام أنه لا يجب شيء أصلاً. بل لا يجب غرة، وتجب عشر دية الأم كما صرح به الإمام في النهاية قبل هذه العبارة الموهمة بنحو أربعة أسطر.

ولكن الغزالي لما رأى قول الإمام، لا مدخل للغرة في جنين الكافر ـ توهم أنه لا يجب شيء فأطلق العبارة في ذلك، فتبعه الرافعي.

نبه على هذا الموضع ـ في الرافعي ـ الشيخ برهان **[الدين]**(١) ابن الفركاح ـ رحمه الله ـ وأطال في ذلك **[في]**(٢) تعليقه على التنبيه.

قاعدة: الاحتياط أن نجعل المعدوم كالموجود والموهوم كالمحقق وما يرى على بعض الوجوه لا يرى إلا على كلها.

وقد اتفق لي مرة الاستدلال على هذه القاعدة بقوله تعالى: **﴿اجتنبوا كثيراً من الظن إن بعض الظن إثم﴾**(٣) فلا يخفى أنه أمر باجتناب بعض ما ليس بإثم خشية من الوقوع فيما هو إثم، وذلك هو الاحتياط، وهو استنباط جيد. مثال جعل المعدوم

---

(١) سقط في ب. (٢) سقط في ب. (٣) الحجرات اية ١٢.

كالموجود: المنافع المعقود عليها في الإجارة فإنا نجعلها كالموجود ونورد العقد عليها.

ومثال الموهوم المجعول كالمحقق: أكثر أحكام الخنثى المشكل، وقد أفرد بعض أئمتنا كتاباً بأحكام الخناثى. فلا معنى للتطويل بتعديدها.

ومثال جعل ما يرى على بعض الوجوه لا يرى إلا على كلها تارك الصلاة نسي عينها من الخمس، فإنا نوجب عليه الخمس وإن كانت البراءة، في نفس الأمر تحصل بواحدة. واعلم أن مسائل الاحتياط [كثيرة][1] يطول استقصاؤها يرجع حاصلها إلى [أن][2] الاحتياط قد يكون لتحصيل المنفعة كإيجاب الصلاة على المتحيرة وإن احتمل كونها حائضاً، وقد يكون لدفع المفسدة كتحريم وطئها، وأوجبوا الاحتياط في مسائل:

منها: في الزكاة مسألة الإناء إذا عسر التمييز، وفيما إذا تحقق في ذمته زكاة وشك هل هي درهم أو دينار أو شاة أو بعير. وإن لم يعتضد بأصل. وفي الصلاة المنسية من خمس لاعتضاده بأصل.

ولم يوجبوه فيما إذا شك هل الخارج من ذكره مذي أو مني، بل صححوا أنه يتخير لأنه إذا أخذ بأحدهما فالأصل عدم وجوب الآخر.

قال الشيخ الإمام ـ في باب الحيض ـ ويحتاج أن يفرق بينه وبين الشك في عين الزكاة الواجبة، قال ومسألة الزكاة فيها نظر، وأما مسألة الإناء فظاهرة لإمكان التمييز بالشك.

تنبيه:

في هذه القاعدة مهمات وقواعد عنها مشتعبات.

منها ما اشتهر في كلام كثير من الأئمة ـ ويكاد يحسبه الفقيه ـ مجمعاً عليه ـ من أن الخروج من الخلاف أولى وأفضل وقد أشكل بعض المحققين على هذا وقال: الأولوية والأفضلية إنما [تكون][3] حيث سنة ثابتة وإذا اختلفت الأمة على قولين: قول بالحل وقول بالتحريم، واحتاط المستبرىء لدينه وجرى في فعله على الترك حذراً من ورطات الحرمة لا يكون فعله ذلك سنة، لأن القول بأن هذا الفعل متعلق الثواب من غير عتاب

---

(١) سقط في ب. (٢) سقط في ب. (٣) سقط في ب.

على الترك قول لم يقل به أحد، إن الأئمة كما ترى بين قائل بالإباحة. وقائل بالتحريم فمن أين الأفضلية.

وأنا أجيب عن هذا بأن أفضليته ليست لثبوت سنة خاصة فيه بل لعموم الاحتياط، والاستبراء للدين، وهو مطلوب شرعاً مطلقاً فكان القول بأن الخروج أفضل ثابت من حيث العموم، واعتماده من الورع المطلوب شرعاً فمن ترك لعب الشطرنج معتقداً حله خشية من غائلة التحريم فقد أحسن وتورع إذا عرفت هذا فأقول: ليس الخروج من الخلاف أولى مطلقاً، بل بشرطين أحدهما: أن لا يؤدي الخروج منه إلى محذور شرعي من ترك سنة ثابتة أو اقتحام أمر مكروه أو نحو ذلك ومن ثم مسائل.

منها: فصل الوتر أفضل من وصله لحديث «ولا تشبهوا بالمغرب»[1] ومنع أبو حنيفة فصله وفي وجه عندنا أن الوصل أفضل للخروج من خلافه لكنه ضعيف لكونه يتوقف على أن يكون بقية العلماء يجيزون الوصل، وإلا فلا يحصل الخروج من الخلاف مطلقاً، وبتقدير تجويزهم لا يلزم لأن الوصل يلزم منه ترك سنة ثابتة.

الشرط الثاني: أن يقوى مدرك الخلاف، فإن ضعف ونأى عن مأخذ الشرع كان معدوداً من الهفوات والسقطات. لا من الخلافيات المجتهدات وسيكون لنا كلام على هذا الشرط في قاعدة من علم حرمة شيء وجهل وجوب الحد فيه ـ الآتية ـ إن شاء الله تعالى في قواعد ربع الجنايات.

وهناك تنبيه على أنه لا نظر إلى القائلين من المجتهدين[2] بل إلى أقوالهم ومداركها قوة وضعفاً، ونعني بالقوة ما يوجب وقوف الذهن عندها وتعلق ذي الفطنة بسبيلها لانتهاض الحجة بها، فإن الحجة لو انتهضت بها لما كنا مخالفين لها.

إذا عرفت هذا فمن قوي مدركه اعتد بخلافه وإن كانت مرتبته [في الاجتهاد][3]

(١) والحديث من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: رسول الله (ﷺ) أوتروا بخمس أو بسبع أو بتسع أو بإحدى عشرة.
الدارقطني وابن حبان والحاكم، وقال الحافظ في التلخيص ٢ / ١٥ ورجاله ثقات ولا يضره وقف من أوقفه.

(٢) ولذلك لا ينظر لخلاف عطاء في عدم وجوب الحد على المرتهن بوطئه المرهونة وعطاء من سادات العلماء.

(٣) سقط من أ والمثبت من ب.

دون مرتبة مخالفه ومن ضعف مدركه لم يعتد بخلافه وإن كانت مرتبته أرفع وربما قوي مدرك بعضهم في بعض المسائل دون بعض، بل هذا لا يخلو عنه مجتهد.

تنبيه: قوة المدرك وضعفه مما لا ينتهي إلى الإحاطة به إلا الأفراد وقد يظهر الضعف أو القوة بأدنى تأمل، وقد يحتاج إلى تأمل وفكر ولا بد أن يقع هنا خلاف في الاعتداد به ناشئاً عن المدرك قوي أو ضعيف.

[مثاله][1]: ما يظهر ضعفه: إعارة الجواري للوطء. كما سنتكلم عليه في ربع الجنايات وكذلك ما ذهب إليه داود من قوله في التغوط في الماء الراكد وقوله «لا ربا إلا في النسيئة» المنصوصة وكثير من أقوال شاذة منقولة عن كثير من المجتهدين ومثال ما تردد النظر في قوته وضعفه: الصوم في السفر، فإن داود قال: إنه لا يصح، ومن ثم اختلف أنه هل الأفضل الفطر مطلقاً خروجاً من خلافه والراجح في مذهبنا أن الأفضل الفطر لمن يتضرر بالصوم والصوم لمن لا يتضرر به. وزعم إمام الحرمين ـ هنا ـ أن المحققين لا يقيمون لخلاف أهل الظاهر وزناً وقد تكلمت على هذا في الطبقات الكبرى، في ترجمة داود، وبينت كلام أئمتنا في خلاف داود وأن الصواب الاعتداد بخلافه عند قوة مأخذه كغيره.

فصل

فإن قوي المدرك اعتد بالخلاف ومن ثم قصر الصلاة للمسافر أفضل لقول من أوجبه. وترك الجمع أفضل لقول من منعه وكتابة العبد القوي الكسوب سنة لأن داود أوجبها.

وقع هنا للقاضي الحسين كلام موهم ـ نقله عنه ابن الرفعة بعبارة تزيده إيهاماً ففهمه الطلبة فهماً يزيد على مدلوله، فصار ـ كما قلت ـ غلط على غلط ومن يغلط ويرجى حين يدري يعذر.

وهو أن ابن الرفعة في صلاة المسافر حكى قول الإمام: أن المحققين لا يقيمون لخلاف أهل [الظاهر][2] وزناً، ثم قال: وفيه [نظر][3] فإن القاضي الحسين نقل عن الشافعي أنه قال في الكتابة: لا أمتنع عن كتابة العبد عند جمع القوة والأمانة [وإنما

---

(١) في ب مثال. (٢) في ب الظاهرية. (٣) سقط من ب.

استحب الخروج من الخلاف، فإن داود أوجب كتابة عدد من جمع القوة والأمانة][1]. وداود من أهل الظاهر، وقد أقام الشافعي لخلافه وزناً، استحب كتابة من ذكره [**لأجل خلافه**][2] انتهى.

وداود مولده قبل وفاة الشافعي بسنتين، فلا يمكن أن يراعي الشافعي خلافه فمن ثم غلط الطلبة ابن الرفعة والقاضي الحسين وقالا: إن هذا غلط من قولهما عندما فهموا أن الجملة كلها [في][3] كلام الشافعي وقرؤوا: إنما استحب ـ بفتح الهمزة وكسر الحاء ـ فعل مضارع للمتكلم، وإنما هو استحب بفتح الحاء، والفعل ماض والمستحب هو القاضي الحسين. وأما الشافعي: فلم يزد على أنه لا يمنع كتابة من هذا شأنه، وإنما استحبها فالخلاف من أوجبها قبل داود، فإن داود لم يخترع القول بإيجابها، بل وافق مجتهداً سبقه وإلا لكان خارقاً للإجماع.

نبه عليه الشيخ الإمام الوالد ـ رحمه الله ـ [**وذكرناه**][4] في الطبقات الكبرى بأبسط من هذه العبارة، [**وذكرنا**][5] أنه وقع للإمام «في النهاية» في كتاب اختلاف الحكام والشهادات ـ نظير ما وقع للقاضي الحسين مع تصريحه في كتاب الظهار بما لا يخفى مثله عليه من أن داود متأخر الزمان عن الشافعي.

فصل

فإن اعتد بالخلاف ولم يلزم من الخروج منه محذور، استحب الخروج منه وذلك في مسائل: منها ما ذكرناه، ومنها ما سنذكره.

واعلم أن ما كان مختلفاً فيه فهو من قبيل القسم الثاني الذي يتردد النظر في قوته وضعفه كصوم السفر.

فمنها: يستحب استيعاب الرأس بالمسح للخروج من خلاف الموجب له وبالإيجاب قال بعض أصحابنا.

ومنها: يستحب أن لا يقصر في أقل من ثلاثة أيام لذلك. وعبارة الشافعي: أنا لا

---

(١) سقط من أ والمثبت من ب.
(٢) في ب لأجله.
(٣) في ب من.
(٤) وفي ب وذكرنا.
(٥) سقط في ب.

أحب أن أقصر في أقل من ثلاثة أيام احتياطاً على نفسي.

قال القاضي أبو الطيب: وهو كقوله: إذا مرض الإمام فإنه يصلي قاعداً والناس قيام خلفه، [والأفضل][1] أن يستخلف من يصلي بهم حتى يخرج من الخلاف.

وكقوله في الحالف - إذا كفر بالمال - الأفضل أن يؤخر إلى أن يحنث. وكقوله - في الركاز بعد أن بين مذهبه في القليل: ولو كنت أنا الواجد لخمست القليل.

ومنها: يستحب نية الإمامة، بخلاف من أوجبها.

ومنها: حيث انتفى التحريم في استقبال القبلة واستدبارها بالبول والغائط لوجود الساتر، فالأدب أن لا يستقبلها ولا يستدبرها، لأنه قيل بالحرمة مع الساتر.

ومنها: إذا رأى المتيمم الماء في أثناء الصلاة المغنية عن القضاء كصلاة المسافر فلا تبطل، غير أن الصحيح أن قطعها ليتوضأ أفضل، لأن فيه خروجاً من خلاف من حرم عليه الاستمرار.

وقيل: الأفضل المضي فيها ولا يلتفت إلى الخلاف، وقيل: يجب المضي فيها، وقيل الأفضل قلبها نافلة.

ومنها: من عليه فائتة ووجد الجماعة الحاضرة، جزم «في الروضة» قبل باب شروط الصلاة أن تقدم الفائتة منفرداً أولى، لأن الترتيب مختلف في وجوبه والقضاء خلف الأداء مختلف في جوازه.

لكن الذي جزم به الغزالي «في إحياء علوم الدين» في باب أسرار الصلاة خلافه وجزم به أيضاً صاحب التعجيز[2] وذكر - في شرحه - أن جده عماد الدين ذهب إليه.

قلت: والقلب إليه أميل، وقد تكلمت عليه في الطبقات في ترجمة الشيخ العماد ابن يونس.

---

(١) وفي ب والأفضل له.

(٢) عبد الرحيم بن محمد بن محمد بن يونس بن منعة الفقيه المحقق العلامة تاج الدين أبو القاسم بن الإمام رضى الدين بن الإمام عماد الدين بن الإمام رضى الدين الموصلي كان من بيت الفقه والدين والعلم بالموصل ولد بالموصل سنة ثمان وتسعين وخمسمائة وأفاد وصنف قال الاسنوي كان فقيهاً أصولياً فاضلاً توفي في جمادى الأولى سنة إحدى وسبعين وقيل سنة سبعين.

ابن قاضي شهبة ٢ / ١٣٦، ذيل مرآة الزمان ٣ / ١٤، البداية والنهاية ١٣ / ٢٩٥، شذرات الذهب ٥ / ٣٣٢.

فصل

وربما يرقى الخروج من الخلاف عن درجة الاستحباب إلى درجة كراهية الوقوع فيه وذلك في مسائل.

منها: مسألة [العينة][1] ذكر النووي تبعاً لصاحب «البحر» أن الوقيعة فيها مكروهة قال النووي: «دلائل الكراهة أكثر من أن تحصر».

قلت: واقتصر الرافعي - حيث ذكر المسألة في باب الربا - على الجواز وفي البيوع المنهي عنها على أنها ليست من المناهي [2].

ولا يحضرني دليل على كراهتها، وقصة عامل خيبر «بع التمر بتمر آخر ثم اشتريه»[3]. يقتضي عدم الكراهة، لأنه أذن له في ذلك ولا يأذن صلى الله عليه وسلم في مكروه.

---

(١) سقط في ب.

(٢) قال الحافظ ابن حجر رحمه الله في التلخيص معقباً على كلام الرافعي: يعني ليس ذلك عندنا من المناهي - وإلا فقد ورد النهي عنها من طرق عقد لها البيهقي في سننه باباً ساق فيه ما ورد من ذلك بعلله، وأصح ما ورد في ذم بيع العينة ما رواه أحمد والطبراني من طريق أبي بكر بن عياش عن الأعمش عن عطاء عن ابن عمر قال: أتى علينا زمان وما يرى أحدنا أنه أحق بالدينار والدرهم من أخيه المسلم، سمعت رسول الله ﷺ يقول: إذا ضن الناس بالدينار والدرهم، وتبايعوا بالعينة أذناب البقر وتركوا الجهاد في سبيل الله أنزل الله بهم ذلاً فلم يرفعه عنهم حتى يراجعوا دينهم. صححه ابن القطان بعد أن أخرجه من الزهد لأحمد كأنه لم يقف على المسند وله طريق أخرى عند أبي داود وأحمد أيضاً من طريق عطاء الخراساني عن نافع عن ابن عمر.

قلت: وعندي أن إسناد الحديث الذي صححه ابن القطان معلول لأنه لا يلزم من كون رجاله ثقات أن يكون صحيحاً لأن الأعمش مدلس ولم ينكر سماعه من عطاء، وعطاء يحتمل أن يكون هو عطاء الخراساني فيكون فيه تدليس التسوية بإسقاط نافع بين عطاء وابن عمر فرجع الحديث إلى الإسناد الأول وهو المشهور. - قوله: وليس من المناهي بيع رباع مكة لنا اتفاق الصحابة ومن بعدهم عليه، روى البيهقي عن عمر أنه اشترى داراً للسجن بمكة وأن ابن الزبير اشترى حجرة سودة وأن حكيم بن حزام باع دار الندوة وأورد البيهقي في الخلافيات الأحاديث الواردة في النهي عن بيع دورها وبين عللها، ولعل مراده بنقل الاتفاق أن عمر اشترى الدور من أصحابها في وسع المسجد، وكذلك عثمان وكان الصحابة في زمانها متوافرين، ولم ينقل انكار ذلك انظر التلخيص.

(٣) انظر البخاري ٤ / ٤٩٠ في كتاب الوكالة / باب إذا باع الوكيل شيئاً فاسداً فبيعه مردود (٢٣١٢)، ومسلم ٣ / ١٢١٥ في كتاب المساقاة / باب بيع الطعام مثلاً بمثل حديث (٩٦ / ١٥٩٤).

تنبيه: علمت انما يستحب الخروج من الخلاف عند قوته وعدم التأدية إلى محذور. واعلم. أنا نتطلب لقوته إذا أدى الخروج منه إلى محذور ما لا نتطلبها إذا لم يؤد، فربما راعينا الخلاف إذا كان الخروج منه لا يؤدي إلى محذور لمأخذ لا يلتفت إلى مثله إذا أدى إلى محذور.

وكذلك ربما قوي الخلاف جداً وإن لم تنهض حجة. وضعف من أجله مأخذ المحذور فراعيناه وإن أدى إلى ذلك المحذور الضعيف ولنمثل له: بمن يديم السفر، فإن الإتمام أفضل له من القصر مراعاة لقول بعض العلماء انه لا يجوز القصر في هذه الحالة وإن تضمن هذا القول ترك سنة القصر.

إلا أنه لم يؤد إلى تركها مطلقاً. بل في هذه الصورة النادرة التي لعل سنة القصر لم تشملها.

وهذا الكلام - في الحقيقة - عائد بقيد على قولنا: شرط الخروج من الخلاف القوة وعدم التأدية إلى محذور، فيقال: إنما تشترطان على الوجه الذي بيناه الآن.

فصل

ومن القواعد المتشعبات والأصول الملتقيات من هذه القاعدة قول أئمتنا ما اجتمع الحلال والحرام إلا وغلب الحرام الحلال، وهو كما قال البيهقي[(١)]: حديث رواه جابر الجعفي - رجل ضعيف[(٢)] - عن الشعبي، عن ابن مسعود، وهو منقطع[(٣)] غير أن القاعدة في نفسها صحيحة.

---

(١) كتاب النكاح / باب الزنا لا يحرم الحلال ١ / ١٦٩.
قال السيوطي: وأخرجه من هذا الطريق عبد الرزاق في مصنفه وهو موقوف على ابن مسعود لا مرفوع.

(٢) جابر بن يزيد بن الحارث بن عبد يغوث الجعفي أبو عبد الله ويقال أبو يزيد الكوفي، روى عن أبي الطفيل وأبي الضحى وعكرمة وعطاء وطاوس وخيثمة والمغيرة بن شبيل وجماعة وعنه شعبة والثوري وإسرائيل والحسن بن حي ومسعر ومعمر وأبو عوانة وغيرهم.
قال أبو نعيم عن الثوري: إذا قال جابر حدثنا وأجزنا فذاك، وقال ابن مهدي عن سفيان ما رأيت أورع في الحديث منه وقال شعبة جابر إذا قال حدثنا وسمعت فهو من أوثق الناس، وقال شعبة: جابر صدوق، وقال النسائي: متروك الحديث وقال في موضع آخر: ليس بثقة ولا يكتب حديثه وقال الحاكم أبو أحمد: ذاهب الحديث، وقال ابن عدي: له حديث صالح وإن شئت مزيد تفصيل فانظر تهذيب التهذيب ٢ / ٤٧ - ٥١.

(٣) هو في اللغة مأخوذ من القطع وهو فصل الشيء مدركاً بالبصر كالأجسام أو مدركاً بالبصيرة كالأشياء =

قال الشيخ أبو محمد في «السلسلة» لم يخرج عنها **[إلا]**[1] ما ندر، والعبرة بالغالب قلت: وقد عورض الحديث المذكور بما رواه ابن ماجة[2] والدارقطني[3] من حديث ابن عمر «لا يحرم الحرام الحلال».

وليس بمعارض، لأن المحكوم به في الأولى. أعطي الحلال حكم الحرام تغليباً واحتياطاً لا صيرورته في نفسه حراماً.

ومن ثم مسائل.

منها: لو أشبهت منكوحة بأجنبيات محصورات لم يحل.

ومنها: من باب الربا قاعدة مد عجوة ودرهم فإن الجهل بالمماثلة كحقيقة المفاضلة.

ومنها: من أحد أبويه كتابي والآخر مجوسي أو وثني ففي حل المناكحة **[خلاف والأصح التحريم]**[4].

ومنها: إذا أكل الكلب المعلم من الصيد في موضعه، فالصحيح تحريمه لحديث عدي بن حاتم.

ومنها: رجح الجمهور التحريم فيما إذا أصاب صيداً وغاب ثم وجده ميتاً وليس فيه أثر غير سهمه ورجح النووي الحل.

القول فيما شذ عن هذا الأصل

وهو صور نهض فيها دليل الحل.

= المعقولة وهو مطاوع القطع نقول قطعته فانقطع.

وفي الاصطلاح فيه آراء منها ما سقط من رواته راو واحد قبل الصحابي في الموضع الواحد وهذا هو المشهور ومنها ما لم يتصل إسناده وهو الأقرب إلى المعنى اللغوي.

ومنها قال التبريزي ما سقط مما ليس في أول الإسناد من رواته راو واحد قبل الصحابي في الموضع الواحد.

(١) في أ إذا والمثبت من ب.

(٢) ١ / ٦٤٩. في كتاب النكاح / باب لا يحرم الحرام الحلال حديث (٢٠١٥).

قال البوصيري في زوائده ٢ / ٢٤ هذا إسناد ضعيف لضعف عبد الله بن عمر العمري.

(٣) ٣ / ٢٦٨ في كتاب النكاح / باب المهر حديث (٨٩).

(٤) سقط في ب.

منها: إذا رمى سهماً إلى طائر [فجرحه][1] ثم [وجده][2] ميتاً. فإنه يحل.
ومنها: إذا كان الثوب منسوجاً من حرير وكتان على التسوية فالأصح حله.
ومنها: إذا اختلط ملكه بملك [غيره][3] وعسر التمييز كما إذا اختلط حمامة واحدة بحماماته.

قاعدة: اشتهر عن المالكية «سد الذرائع».

وزعم القرافي[4] أن كل أحد يقول بها ولا خصوصية للمالكية إلا من حيث زيادتهم فيها.
قال: فإن من الذرائع ما يعتبر إجماعاً كحفر الآبار في طرق المسلمين وإلقاء السم في طعامهم، وسب الأصنام عند من يعلم حاله أنه يسب الله عند سبها.

وملغى إجماعاً، كزراعة العنب فإنها لا تمنع خشية الخمر وما يختلف فيه كبيوع الآجال قلت: وقد أطلق هذه القاعدة على أعم منها، ثم زعم أن كل أحد يقول ببعضها، وسنوضح لك أن الشافعي لا يقول بشيء منها، وأن ما ذكر أن الأمة أجمعت عليه ليس من مسمى سد الذرائع في شيء.

نعم حاول ابن الرفعة تخريج قول الشافعي رضي الله عنه بسد الذرائع ـ من نصه ـ رضي الله عنه ـ في باب «إحياء الموات» من الأم إذ قال ـ رضي الله عنه ـ بعد ما ذكر النهي عن بيع الماء ليمنع به الكلأ[5] وأنه يحتمل أن ما كان ذريعة إلى منع ما أحل الله لم

(١) في «ب» فجرحه فوقع.
(٢) في «ب» وجد.
(٣) في «ب» الغير.
(٤) وهو شهاب الدين: أبو العباس أحمد بن أبي العلاء: إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله بن بلين الصنهاجي الأصل البهنسي المصري الإمام العلامة انتهت إليه رئاسة الفقه على مذهب مالك رحمه الله كان إماماً بارعاً في الفقه والأصول والعلوم العقلية وله معرفة بالتفسير أخذ عن عز الدين بن عبد السلام الشافعي وعن قاضي القضاء أبي بكر بن عبد الواحد المقدسي توفي رحمه الله بدير الطين في جمادى الآخره عام أربعمائة وثمانين وستمائة ودفن بالقرافة.
الديباج المذهب ١ / ٢٢٦.
(٥) انظر البخاري ٥ / ٣١ في كتاب المساقاة / باب من قال إن صاحب الماء أحق بالماء (٢٣٥٣) ومسلم ٣ / ١١٩٨ في المساقاة / باب تحريم فضل بيع الماء (٣٨ / ١٥٦٦).

يحل، وكذا ما كان ذريعة إلى إحلال ما حرم الله ـ ما نصه وإذا كان هذا هكذا ففي هذا ما يثبت أن الذرائع إلى الحلال والحرام تشبه معاني الحَلال والحرام. انتهى.

ونازعه الشيخ الإمام الوالد ـ رحمه الله ـ وقال: إنما أراد الشافعي ـ رحمه الله ـ تحريم الوسائل ـ لا سد الذرائع، والوسائل تستلزم المتوسل إليه ومن هذا النوع منع الماء. فإنه مستلزم عادة لمنع الكلأ الذي هو حرام، ونحن لا ننازع فيما يستلزم من الوسائل، ولذلك نقول من حبس شخصاً ومنعه الطعام والشراب فهو قاتل له. وما هذا من سد الذرائع في شيء. قال الشيخ الإمام: وكلام الشافعي في نفس الذرائع لا في سدها، والنزاع بيننا وبين المالكية إنما هو في سدها، ثم لخص القول.

وقال الذريعة، ثلاثة أقسام.

أحدها: ما يقطع بتوصله إلى الحرام فهو حرام عندنا وعند المالكية.

والثاني: ما يقطع بأنها لا توصل ولكن اختلطت بما يوصل فكان من الاحتياط سد الباب وإلحاق الصورة النادرة التي قطع بأنها لا توصل إلى الحرام فالغالب منها الموصل إليه. قال الشيخ الإمام: وهذا غلو في القول بسد الذرائع.

الثالث: ما يحتمل ويحتمل، وفيه مراتب تتفاوت بالقوة والضعف ويختلف الترجيح عند المالكية بسبب تفاوتها، وقال: ونحن نخالفهم في جميعها إلا في القسم الأول، لانضباطه وقيام الدليل عليه.

قلت: أما موافقتهم في القسم الأول فواضحة، بل نحن نقول في الواجبات بنظيره، ألا ترانا نقول: ما لم يتم الواجب إلا به فهو واجب «فبطريق الأولى أن نحرم ما يوقع في الحرام».

وأما مخالفتهم في القسم الثاني: فكذلك، وما أظن غير المالكية يذهب إليه ولا أظنهم يتوقفون عليه.

وأما القسم الثالث: فلعله الذي حاول ابن الرفعة تخريج قول فيه بما ذكره عن النص.

وقد عرف ما فيه، واستشهد له أيضاً بالوصي يبيع شقصاً على اليتيم فلا يؤخذ بالشفعة على الأصح عند الرافعي وبالمريض يبيع شقصاً بدون ثمن المثل أن الوارث لا يأخذ بالشفعة ـ على وجه سد الذريعة ـ للمتبرع عليه. وحاول ابن الرفعة بذلك تخريج

وجه في مسألة العينة، ولا يتأتى له هذا فتلك عقود قائمة بشروطها ليس فيها خلل بوجه، فما ينهض عندنا منعها بوجه وإن منعها أبو حنيفة ومالك وأحمد ـ رحمهم الله تعالى.

ولنذكر صوراً. ربما يصور مصور فيها. أنا نقول ببعض القسم الثالث غير ما ذكره ابن الرفعة.

منها: إقرار المريض للوارث على قول الإبطال، وليس ذلك من سد الذرائع ولا لأجل التهمة ـ كما يقول مالك ـ بل لأن المريض محجور، ثم هو قول ضعيف. وقد عقد الشافعي باباً لذلك ـ ترجمه ـ بالحكم الظاهر ـ وذكر فيه أنا لا نشق على قلوب الناس في الإسلام الذي هو الأصل فغيره أولى وذكر شأن المنافقين، وإقرارهم على النفاق. وغير ذلك مما يدل على أن التهمة لا اعتبار لها.

وقد ألزم أصحابنا [مالكاً][1] رحمه الله حيث منع إقرار المريض للتهمة فقالوا: حالة المرض تذكر المؤمن بلقاء الله وتحمله على قول الحق فيبعد إقدامه فيها على الباطل ـ كما قال مالك: إن المريض إذا قال: فلان قاتلي. كان لوناً لمثل ذلك وإن كنا لا نرضى ذلك القول.

ومنها: إذا ادعت المجبرة محرميته أو رضاعاً بعد العقد قال ابن الحداد: يقبل قولها، لأنه من الأمور الخفية وربما انفردت بعلمه وقال ابن سريج لا يقبل. وهو الصحيح، لأن النكاح معلوم والأصل عدم المحرمية، وفتح هذا الباب للنساء هو طريق في الفساد: وهذا ليس من القول بسد الذرائع، بل هو اعتماد على الأصل. بحيث لا يزال إلا باليقين.

ومنها: سأل الفقيه ـ نصر الله المصيصي[2] ـ الإمام أبا حامد الغزالي ـ وكان كثيراً ما يكتب إليه بالأسئلة فيجيبه ـ في الرجل يطلق ثلاثاً بعد صحبة سنين وبعد أولاد فيقول

---

(١) سقط من أ والمثبت من ب.

(٢) نصر الله بن عبد القوي أبو القع المصيصي الأشعري نسباً ولد سنة ثمان وأربعين وأربعمائة. قال ابن السمعاني كان إماماً فقيهاً أصولياً متكلماً ديناً خيراً متيقناً حسن الإصغاء بقية مشايخ الشام توفي في ربيع الأول سنة اثنتين وأربعين وخمسمائة ودفن بمقابر باب الصغير.
ابن السبكي ٤ / ٣١٩، البداية والنهاية ١٢ / ٢٢٣، مرآة الجنان ٣ / ٢٧٥، ابن قاضي شهبة ١ / ٣٢٦.

له المفتي من كان وليها؟ هل كان يشرب الخمر ويدخل الحمام بلا مئزر وغيره مما يسقط العدالة؟ فإذا ذكر له ذلك، أفتى بعدم وقوع الطلاق، لفساد النكاح عنده في الأصل ثم عقد أو غيره عقداً من غير أن يثبت مقارنة ذلك الفسق للأصل وأطال في الاستفتاء. ويفسخ هذا الفعل. فأجاب الغزالي بجواب طويل رجح فيه أن الفسق لا يسلب الولاية وأن من شهد ببطلان هذا النكاح فقد شهد أولاً على نفسه في غالب الأمر بأنه ولد الحرام فإن غالب الناس فساق ـ وأطال في ذلك ـ ثم قال: الصحيح ان أنكحة أهل العصر صحيحة وأولادهم أولاد حلال: وطلاقهم واقع لا يحل بعد استيفاء الثلاث [إلا بنكاح][1] جديد.

ومنها: سئل في عصر النووي عن رجل تزوج ـ وكان تاركاً للصلاة فاسقاً ومن غير أن يزوجه حاكم ولا وصي ثم طلق ثلاثاً فأفتى النووي بفساد نكاحه وأنه لا يقع عليه طلاق، فأنكر ذلك الشيخ تاج الدين. والصواب مع الشيخ تاج الدين إن كان مهملاً، ومع النووي إن كان تحت حجر وصي، ولعله إنما أراد هذه الحالة.

ومنها: سئل الشيخ تاج الدين عن رجل أراد السفر بزوجته فادعى عليها إنسان بدين فصدقته فطلب حبسها وتعويضها عن السفر.

فأجاب بأنه لا يسقط حق الزوج من السفر وذكر أن القاضي عز الدين ابن الصائغ[2]. حكم بخلافه وخطأه.

قلت: وفي فتاوى ابن الصلاح ما يوافق حكم ابن الصائغ، ومحل هذا فيما إذا سبقت إرادته السفر.

---

(١) في ب يحقد.

(٢) محمد بن عبد القادر بن عبد الخالق بن خليل بن مقلد بن جابر الأنصاري قاضي القضاة عز الدين أبو المفاخر الدمشقي المعروف بابن الصائغ، ولد في شعبان سنة ثمان وعشرين وستمائة وأخذ عن الكمال إسحاق وشمس الدين عبد الرحمن المقدسي ولازم الشيخ كمال الدين التفليسي ولي وكالة بيت المال ثم ولي القضاء في سنة تسع وستين.

وقال الذهبي: كان عارفاً بالمذهب، بارعاً في الأصول والمناظرة توفي في شهر ربيع الآخر سنة ثلاث وثمانين وستمائة ودفن بتربته بسفح قاسيون.

ابن السبكي ٥ / ٣١، ابن قاضي شهبة ٢ / ١٩٦، مرآة الجنان ٤ / ١٩٩، شذرات الذهب ٥ / ٣٨٣، تاريخ ابن الوردي ٢ / ٢٣٢.

فإن الدعوى بعد ذلك بدين قرينته أن القصد منعها من السفر، والمسألة مسطورة «في أدب القضاء» لشريح الروياني[١]، وجزم فيها بما حكم فيه ابن الصائغ من أن للمقر له حبسها، وأنه لا يقبل قول الزوج إن قصد منع المسافرة.

قال: فإن أقام الزوج بينة أن إقرارها كان قصداً إلى منع المسافرة.

فهل يقبل؟ وجهان. انتهى.

فصل

وأما قتل الجماعة بالواحد وتحريم الخلوة بالأجنبية ووجوب القصاص على السكران، وتحريم عبور الحائض المسجد، وإن أمنت التلويث ـ على الخلاف [فيه][٢] وتحريم وتحليل الخمر.

قاعدة: مستنبطة استخرجها الإمام الوالد رحمه الله وذكرها في تفسيره في سورة المجادلة وفي غير ذلك من كتبه.

كل إنشاء سد تصرف الشرع فهو باطل.

بخلاف الذي منه مخلص. وعنه مندوحة، ومن ثم مسائل.

منها: الظهار محرم. بخلاف قوله لزوجته: أنت علي حرام فإنه مكروه لا ينتهي إلى التحريم وإن إشتركا في تحريم ما أحل الله، والفرق أنه لا مخلص عن الظهار لو صح بأن التحريم الذي هو كتحريم الأم مع الزوجية لا يجتمعان.

ومنها: التعليق الدوري باطل، لإفضائه إلى سد باب الطلاق الذي شرعه الشارع.

قاعدة: «من ارتكب محرماً يمكن تداركه بعد ارتكابه وجب عليه تداركه». وهذا أصل مطرد انتهى فيه حملة الشريعة إلى إيجاب أن يتقيأ الخمر من شربها، ولم أجد شيئاً يخرج عنه إلا فيما كان تحريمه بالعرض لا بالأصالة فقد لا يجب تداركه في صور.

---

(١) شريح بن عبد الكريم بن أحمد القاضي أبو نصر ابن القاضي أبي معمر ابن الشيخ أبي العباس الروياني ابن عم صاحب البحر كان إماماً في الفقه وولي القضاء بآمل طبرستان وصنف كتاباً في القضاء سماه روضه الحكام وزينة الأحكام.

ابن السبكي ٤ / ٢٢٥، هداية العارفين ١ / ٤١٦، ابن قاضي شهبة ١ / ٢٨٤.

(٢) سقط في ب.

منها: [الخمر][1] لا يجوز غصبها من ذمي وإذا غصبها منه فالذي صححه الرافعي والنووي أنه يجب ردها عليه، قال الرافعي في باب الجزية: وعليه [الرد][2] وذهب المحققون إلى أنه لا يجب الرد بل الواجب التخلية بين الذمي وبينها، قال الشيخ الإمام: وهذا الوجه قوي.

قلت: وهو [الأرجح][3] وسيأتي إن شاء الله في قسم أصول الفقه في مسألة تكليف الكافر بالفروع، نص الشافعي يدل عليه، وحكى صاحب التهذيب وجهاً نقله عن الرافعي في باب الجزية أنه لا يجب استرجاعه، لأنه يحرم اقتناؤه بالشرع.

ومنها: إذا تحجر مواتاً فليس لغيره الإحياء فيه، فإن أحيى الغير ملكه على الراجح، لأن الأول لم يملكه بالتحجير.

ومنها: لو اشترى الذمي داراً عالية لم يجز هدمها عليه فإن هدمت أعيدت.

قاعدة: ما تعتبر فيه الموالاة فالتخلل القاطع لها مضر.

غير أنه إنما يعرف بالعرف، وربما كان مقدار من التخلل مغتفراً في باب «لا يشاع الأمر فيه دون باب يضيق فيه أكثر»، ألا ترى أن الزوج ـ في الخلع ـ إذا بدأ بصيغة معاوضة كخالعتك بكذا اشترط قبولها بلفظ غير منفصل، ولا يشترط فيه ـ من الاتصال ـ القدر المشروط بين الإيجاب والقبول في البيع.

بل مجلس الخلع أوسع قليلاً على ما أشار إليه بعض الأصحاب وإن كان كلام الأكثرين يشير إلى أنه لا فرق.

والفرق عندي أظهر، وربما يغتفر في لفظ لا يغتفر مثله في لفظ آخر، ألا ترى إلى قول الإمام أن الاتصال المعتبر في الاستثناء أبلغ منه بين الإيجاب والقبول لصدورهما من شخصين، وقد يحتمل من شخصين ما لا يحتمل من شخص واحد.

إذا عرفت هذا فالضابط عندي ـ في التخلل المضر ـ أن يعد الثاني منقطعاً عن الأول، وقد يختلف هذا باختلاف الأبواب، فرب باب يطلب فيه من الاتصال ما لا يطلب في غيره، لأنه يعد فيه منقطعاً كما قلناه في البيع والخلع.

وقد يختلف باختلاف المتخلل نفسه فقد يكون كلام الأجنبي ـ وإن كان يسيراً ـ

---

(١) سقط في ب.

(٢) في ب مؤنة الرد.

(٣) وفي ب الراجح.

بمنزلة الكلام الطويـل غير الأجنبي، ومـن غير الأجنبي وبمنزلة السكوت الطويل فيما تعتبر فيه الموالاة من الأفعال.

وقد يغتفر من خلل السكوت قد لا يغتفر مثله إذا اشتغل فيه بكلام أجنبي وقد يغتفر من التخلل بعذر ـ كالتنفس والسعال ـ ما لا يغتفر عند غير العذر. فصارت مراتب.

أقطعها للاتصال كلام كثير أجنبي من أجنبي وكذا من غير أجنبي وأبعدها عن قطع الاتصال سكوت يسير لعذر وكذا بغير عذر ومن ذلك مراتب لا تخفى عن المنال وليعد ما تعتبر الموالاة فيه، وهو ضربان: قول وفعل.

الضرب الأول: القول منها ـ وهو أشدها اتصالاً ـ الاستثناء ولا يضر فيه سكتة التنفس والعـي، وقد قدمنا عن الإمام أن المعتبر فيه من الاتصـال فوق المعتبـر بين الإيجاب والقبول [ولذلك كان الراجح منه انقطاعه بالكلام اليسير بخلاف الإيجـاب والقبول][(1)].

لكن نقل النووي عن صاحب العدة والبيان أنهما حكيا عن مذهبنا أنه إذا قال: عليّ ألف ـ استغفر الله ـ إلا مائة صح، وأنهما احتجا بأنه فصل يسير ـ قالا ـ وصار كقوله عليّ ألف يا فلان إلا مائة.

قال النووي: وهذا الذي نقلاه فيه نظر.

قلت: وجمع الشيخ الإمام في «شرح المنهاج» بين المستشهد به وعليه.

فقال: واغتفر صاحب البيان والعدة الفصـل بالكلام اليسير كقوله، استغفر الله وقوله: يا فلان، ونقلاه عن «المهذب».

ويظهر أن الكلام اليسير إن كان أجنبياً فهو الضار وإلا فهو الذي يغتفر وذلك مثل: استغفر الله، ويا فلان، فليحمل كلامهما على الفصل اليسير بنحو استغفر الله ويا فلان، لا على مطلق الفصل اليسير.

قد حكى الرافعي فيه الخلاف في الطلاق، ورجح عدم الاغتفار ـ ولست أعتقد ما قاله النووي من عدم الاغتفار فيه إذا كان غير أجنبي، بل الأقرب ما قاله صاحب البيان والعدة.

---

(١) سقط من أ والمثبت من ب.

ومنها: الإيجاب والقبول في البيع وفي النكاح، وفي الخلع، وفي الموالاة بين كلمات اللعان، وبين كلمات القسامة ـ على خلاف فيهما ـ وقبول الوقف إذا اشترطاه، قال الإمام: وليكن متصلاً بالإيجاب كالبيع والهبة.

ومنها: كلمات الأذان، والفاتحة.

ومنها: إذا أبهم الطلاق فلما أمر بالتعيين قال: هذه وهذه حكم بطلاقهما، فلو فصل بين اللفظين بوقفة اغتفرت الوقفة اليسيرة، فأما إذا طالت وقطعت نظم الكلام قال الرافعي: فالكلام الثاني لغو لا يستقل بالإفادة.

ومنها: إذا قال أعتق عبدك عني قال الرافعي: العتق في صورة الاستدعاء إنما يقع على المستدعي، وإنما يجب عليه العوض إذا اتصل الجواب بالخطاب، فإن طال الفصل فالعتق عن المالك.

ومنها: قال الرافعي وغيره في الولي إذا وهب للصبي من يعتق عليه وهو موسر ولا تلزمه نفقته يقبله الولي، فإن لم يفعل فالحاكم، فإن لم يفعل فيقبل الصبي بعد بلوغه.

قلت: وهذا فصل طويل لعله اغتفر لعدم تولي من ألزم به إياه، ثم فيه نظر، لأن الإيجاب لم يصدر والصبي أهل للقبول ولو فرضنا بلوغ الصبي بين كلمتي الإيجاب والقبول. مع تقاربهما. لم يكن إيجابه معتبراً فكيف يعتبر مع طول الفصل، ولا يمكن أن يحمل ما ذكره هنا على قبول إيجاب يحدد بعد البلوغ، إذ ذاك معروف لا معنى لذكره.

ومنها: تفويض الطلاق إلى الزوجة، الأصح أنه تمليك، فتطليقها نفسها يتضمن القبول، ولا يجوز لها تأخيره، قال الرافعي: فلو أخرت بقدر ما ينقطع القبول عن الإيجاب ثم طلقت لم يقع.

الضرب الثاني

في الأفعال: وفيها مسائل.

منها: موالاة الوضوء شرط على القديم. أو كثيراً أضر، وقيل: يرجع ـ في الكثرة والقلة ـ إلى العادة، وقيل. . .[1]

ومنها: المستحاضة ينبغي أن تبادر إلى الصلاة عقب الطهارة.

---

(١) بياض في الأصل وب.

ومنها: الاعتدال ركن قصير فلو أطاله.

ومنها: الموالاة بين صلاتي الجمع.

ومنها: الموالاة في أشواط الطواف.

قاعدة: الدفع أسهل من الرفع[1].

ومن فروعها: المسائل التي يغتفر فيها في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء فإنا ندفعه ابتداء، ولا نرفعه دواماً، لصعوبة الرفع، وسيأتي إن شاء الله في ربع البيوع - تلك المسائل.

ومن مسائل الدفع والرفع - غير مسائل المغتفر في الدوام - أنا لا نعقد الإمامة إلا بالشروط المعتبرة، ولو فسق الإمام لم نعزله، لصعوبة الرفع. ويعجبني من «الأرجوزة الصلاحية» للشيخ الحموي - قوله. في أن الإمام لا يعزل بالفسق، ثم اللبيب لا يهد مصراً مستوطناً ليبني قصراً.

القول في المشرف على الزوال هل يعطى حكم الزائل؟

ولا يخفى أنه حيث لا يعطى فهو القاعدة فلا تسأل عن سببه وذلك كبيع العبد المريض والجاني، فإنه صحيح مع الإشراف على الزوال.

وحيث يعطى أو يتردد النظر فهو موضع الكلام وفيه مسائل.

منها: تحريم وطء المشتري الجارية المبيعة بعد التحالف وقبل الفسخ وفيه وجهان مرتبان على الوجهين في تحريم الوطء بعد الترافع إلى مجلس الحكم وقبل التحالف والمصحح من هذين الحل والتحريم بعد التحالف أولى.

ومنها: لو ضاعت العين الموهوبة من الابن والتقطها ملتقط وقصد التملك بعد التعريف فحضر المالك قبل أن يتملك وسلمت إليه فهل يمكن أبوه من الرجوع فيها؟ خرجه ابن الرفعة على الخلاف في المشرف على الزوال.

ومنها: إذا دفع الابن ما اتهبه لمن غصب منه شيئاً لأجل الحيلولة وقلنا إن المغصوب منه لا يملكه، فإذا قدم الشيء قبل التصرف فإنه يسترد المال وهل يرجع فيه أبوه؟

---

(١) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٣٨، المنثور للزركشي ٢/١٥٥.

خرجه ابن الرفعة أيضاً على الخلاف.

ومنها: إذا أقرضه شيئاً وقلنا: لا يملكه المقترض إلا بالتصرف ثم رده قبل التصرف.

خرجه الشيخ الإمام الوالد ـ رحمه الله ـ على الخلاف قال وهو أولى من المسألة قبله، لأن له سلطنة الاسترجاع قبل التصرف، بخلاف الدافع القيمة لأجل الحيلولة.

ومنها لو باع الابن العين الموهوبة وقلنا لا يزول الملك إلا بانقضاء الخيار فهل للأب الرجوع؟ خرجه الإمام أيضاً على الخلاف.

ومنها: لو حدث في المغصوب نقص ـ يسري إلى التلف ـ بأن جعل الحنطة هريسة، فقد صحح النووي جعله، كالتالف، لإشرافه على التلاف وهو قول العراقيين، وخالفه الشيخ الإمام، وفي المسألة وجوه شهيرة.

القول في الزائل العائد هل هو كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد؟

قد تكلم الإمام ـ في باب التفليس في «النهاية» على ذلك، وعدد منها مسائل، وقد يستأنس ـ بهذه المسائل ـ بمسألة السعادة والشقاوة، هل يتبدلان؟ وسنذكرها إن شاء الله تعالى في أصول الديانات.

والخلاف في أن العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد ينتزع الأصل من قولين منصوصين. فيما إذا قال لعبده: إذا جاء رأس الشهر فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم جاء رأس الشهر. ففي العتق قولان، وهما يشبهان الخلاف أيضاً فيما إذا علق طلاق زوجته بصفة ثم أبانها ثم جدد نكاحها ثم وجدت الصفة.

ومن مسائله: لو أفلس بالثمن وقد زال ملكه عن المبيع وعاد هل للبائع الفسخ؟

ومنها: من موانع الرد بالعيب زوال الملك فلو زال ثم عاد فوجهان، قال في الوسيط: منشأهما الخلاف في الزائل العائد.

ومنها: اشترى نصاباً زكوياً ثم اطلع على عيب بعد الحول وأدى الزكاة من مال آخر.

قال «في الوسيط»: له الرد، إلا على قول الشركة إذا قلنا: الزائل العائد كالذي لم يعد.

ومنها: إذا قلنا: تجب الفطرة بغروب الشمس وطلوع الفجر فزال الملك ثم عاد ليلاً فوجهان قاله في النهاية.

ومنها: للمقرض الرجوع ما دام القرض باقياً في يد المستقرض، فإن زال ثم عاد فهل يرجع في عينه أو بدله؟ وجهان في «الحاوي».

ومنها: قلع مثغور سن مثغور وجب القصاص، فلو نبت سن المجني عليه ففي سقوط القصاص وجهان أحدهما السقوط لأن ما عاد قام مقام الأول فكأنه لم يسقط، الثاني: وهذه نعمة جديدة.

ولو نبت اللسان فقيل على الخلاف، والأصح القطع بعدم السقوط.

قاعدة: تكرر ذكرها على ألسنة الفقهاء: «القادر على اليقين لا يعمل بالظن» ثم نقضوها بمن معه ماء قليل وهو على شاطىء البحر، فإنه يجوز له التوضؤ به مع قدرته على الوضوء بماء البحر.

وهذا غفلة عن أصل آخر، وهو أن الاحتمال في الماء القليل إذا لم يستند إلى سبب لا وقع له في نظر الشارع، والتحرز عنه وسوسة وخزي لا ورع وزهد.

ثم ضربوا للقاعدة مثالاً، فقالوا: المجتهد إذا وجد النص والمكي إذا شاهد الكعبة لا يعملان بالظن. وهذا أيضاً غفلة عن قولنا: القادر على اليقين، فإن من ذكروه متيقن لا قادر على اليقين، فليس مما نحن فيه، إذ القادر على اليقين لا يقين عنده غير أنه بسبيل من أن ينتهي إليه.

وإذا علمت خطأهم ـ نقداً وتمثيلاً ـ فأقول: الصور ثلاث: واصل إلى اليقين وقادر على اليقين، ويجوز توصيله إلى اليقين.

الصورة الأولى: الواصل إلى اليقين، ولا يقول عاقل: انه يعمل بالظن، لأن الظن في معارضة القطع مضمحل ومستحيل أيضاً عند ذي اليقين إذ لا يتقين عاقل شيئاً يظن خلافه، والظن مع معارضة اليقين لا يعقل، فإذا لا ظن مع اليقين، فلا يقال: الواصل إلى اليقين لا يعمل بالظن.

الصورة الثانية: القادر على اليقين، وهو نص القاعدة، وقد نراه ـ في بعض الصور ـ يعمل بالظن جزماً، وفي بعضها لا يعمل به جزماً، وفي بعضها يختلف فيه.

والضابط عندي ـ في ذلك ـ أن الظن إن عارضه احتمال مجرد لا وقع له في نظر الشارع لم يلتفت إلى ذلك الاحتمال وكان بمنزلة القطع، فلا يجب العدول عنه إلى السالم عن ذلك الاحتمال جزماً. وهذا كالماء القليل على شاطىء البحر. فاحتمال النجاسة فيه لا وقع له، فيجوز التوضؤ به جزماً، ولا يتحرز عنه إلا موسوس.

وإن عارضه احتمال قوي جرى خلاف يقوى باعتبار قوته وضعفه،وربما ترقى إلى أن يدرأ له الظن جزماً وذلك عند انتهاضه قاطعاً أو ظناً راجحاً على الظن المثار من الأول، فإذا الاحتمال المعارض للظن درجات كثيرة.

وفيها مسائل:

منها: الشاك في نجاسة أحد الإناءين أو الثوبين ومعه طاهر بيقين الأصح جواز الاجتهاد له.

وهو الأصح في من معه إناءان تنجس أحدهما وفي كل منهما قلة هل يخلطهما ليصيرا قلتين أو يجتهد؟.

وفيمن اجتهد في دخول الوقت هل يجوز له الدخول في الصلاة مع المقدرة على تمكين الوقت؟ ورجحان العمل بالاجتهاد هنا أقوى منه فيما قبله وإن اشتركا في القوة، لاختصاص هذه الصورة بأنه لو لم يعمل في هذه الصورة [بمقتضى][1] اجتهاده، لفات عليه مطلوب شرعي، وهو أول الوقت. وهو الأصح فيمن كان في مطمورة [وهو][2] قادر على الخروج ورؤية الشمس إلا أن القول للخروج ورؤية الشمس أرجح من العمل بالاجتهاد في جميع ما تقدم ـ لأنه لا يفوت الوقت، إذ زمانه يسير.

ولا يضيع أحد الماءين اللذين لعله لا يجب [خلطهما][3] ولا يتباطأ زمانه بخلاف الاجتهاد في الثوبين والإناءين، فإنه ربما يتباطأ ثم الاحتراز في الصور كلها ورع، بخلاف الأول.

وليس هو الأصح في مستقبل حجر الكعبة دون البيت، بل الأصح فيه أنه لا تصح صلاته، وسببه ـ مع صحة الحديث فيه ـ اضطراب لفظ الرواة. ففي لفظ. الحجر من البيت وفي لفظ آخر سبعة أذرع منه وفي آخر ستة أذرع وفي آخر خمسة.

---

(١) سقط في ب.

(٢) زيادة يستقيم بها الكلام.

(٣) وفي «ب» ولا يجب خلطهما بالخلط.

والكل في صحيح مسلم فلم نكن على يقين ولا ظن قائم من مروي هذا الحديث فعدلنا إلى اليقين، وهو الكعبة.

الصورة الثالثة:

من جوز توصله إلى اليقين كمن أشبه عليه إناءان وجوز أن يكون في داره ماء طاهر بيقين فلا يجب عليه الكشف عن ذلك، وهذه نظير مسألة الأصوليين في الاجتهاد في زمان النبي ﷺ للغائب والحاضر عنه فقط وهي مسألة ذات خلاف مشهور ذكر الإمام الرازي في «المحصول» أنه لا ثمرة له في الفقه، واعترضه الشيخ صدر الدين بن المرحل بنحو ما أوردت من الصور فزعم أن ثمرة الخلاف تظهر فيها وتبعته أنا في «شرح المنهاج».

ثم لاح لي أنه وهم، فإن القادر على سؤال النبي ﷺ لا يتيقن أنه قادر على اليقين حتى يتيقن أنه أنزل عليه في مسألته وحي وإلا فما لم ينزل الوحي لا حكم، فلا قطع ولا ظن، فغاية القادر على سؤاله. عليه أفضل الصلاة والسلام ـ أنه يجوز نزول الوحي فيكون مجوزاً لليقين.

فإن قلت: لم جرى الخلاف الأصولي؟

قلت: مأخذه باقي الاجتهاد مع وجود سيد الأولين والآخرين ﷺ من التحري وما فيه من سلوك طريق لا يأمن فيه الخطأ مع التمكن من طريق يؤمن فيها الخطأ، فوضح ما قاله الإمام فخر الدين[1] ـ من أنه لا ثمرة للمسألة الأصولية ـ صحيح.

نعم: اختلف في جواز الاجتهاد للنبي ﷺ ـ خلافاً يظهر ثمرته ـ كما ذكرنا في «شرح المختصر» ـ فيما ذكرناه من الصور لأنه ﷺ قادر على اليقين. بسؤال ربه تعالى.

قاعدة: الموجود المقترن بالمانع الحسي أو الشرعي كالعدم وبيانه بصور.

---

(١) محمد بن عمر بن الحسين بن حسن بن علي العلامة سلطان المتكلمين في زمانه فخر الدين أبو عبد الله القرشي البكري التيمي الطبرستاني الأصل ثم الرازي ابن خطيبها المفسر المتكلم إمام وفقيه في العلوم العقلية وأحد الأئمة في علوم الشريعة صاحب المصنفات المشهورة والفضائل الغزيرة المذكورة ولد في رمضان سنة أربع وأربعين وخمسمائة وقيل سنة ثلاث وتوفي بهراة يوم عيد الفطر سنة ست وستمائة. ابن قاضي شهبة ٢ / ٣٦٦، وفيات الأعيان ٣ / ٣٨١، لسان الميزان ٤ / ٤٢٦، البداية والنهاية ١٣ / ٥٥، النجوم الزاهرة ٦ / ١٩٧، مرآة الجنان ٤ / ٧.

منها: إذا وجد الماء وحال دونه حائل يعجز عن دفعه، أو احتيج إليه لحيوان محترم، أو كان به مرض يمنعه من استعماله.

ومنها: لو اعتق المسلم عبداً كافراً أو الكافر مسلماً ثبت له الولاء ولكن لا يتوارثان، لاختلاف الملتين، كما ثبتت علقة النكاح والنسب بين الكافر والمسلم وإن لم يتوارثا، وعن مالك لا يثبت له الولاء، لاختلاف الدين وعن أحمد يثبت ويتوارثان.

فعلى مذهبنا وجد المقتضي للولاء مقترناً بالمانع الشرعي من الإرث.

ومنها: وجود من واجبه الإعتاق في الظهار عبداً فاضلاً عن حاجته لكن يحتاج إلى خدمته لمرض أو زمانة كالعدم، وكذا كل واجب مالي متعلق بحق الله كالحج على الصحيح، أما المفلس فالمذهب أن المسكن والخادم يباعان وإن احتيج إليهما.

ومنها: الأصح جواز نكاح الأمة لمن له مسكن وخادم ولا يلزم بيعهما وصرفهما في طول حرة.

والوجهان حكاهما القاضي ابن كج كما ذكر الرافعي في النكاح وفي الظهار وزاد في الظهار ابن كج حكى وجهين أيضاً في أنهما هل يباعان عليه إذا اعتق شركاء له في عبد، وإن أبا الحسين ـ وهو ابن القطان، قال: لا يجب على العريان بيعهما. قال ابن كج: وعندي يجب قال: وقول أبي الحسين غلط.

ومنها: من وجد حرة ولكن رتقاء أو قرناء أو رضيعة أو معتدة عن غيره فله نكاح الأمة على الأصح.

قلت: وينبغي أن يقيد في المعتدة بما إذا طال زمانها، أما إذا كان انقضاؤها قد قرب فلا ينبغي أن يجوز بل ينتظر انقضاؤها، كما لو قدر على حرة غائبة لا تلحقه مشقة بالخروج إليها فإنه يجب الخروج إليها، بخلاف ما إذا لحقته المشقة.

ومنها: [في](١) الغصب إذا وجد المثل بأكثر من ثمن المثل فوجهان:

رجح الشيخ الإمام وجوب تحصيله ورجح صاحب التنبيه والنووي العدول إلى القيمة مباحثة على هذه القاعدة ـ أنشأها الشيخ الإمام ـ رحمه الله ـ نافعة في آية القتل، وآية الظهار وآية الصيام، وآية الوضوء، وغيرها.

---

(١) سقط في أ والمثبت من ب.

المانع الحسي: مانع من تعلق التكليف لأنه مما لا يطاق. وأما الحكمي: فليس في التكليف به تكليف ما لا يطاق، فلا بد من دليل عليه.

فمن قام به مانع حسي لا نقول: إنه مخصص، بل هو غير داخل في اللفظ للعلم بأنه غير مكلف.

وأما الحكمي - ويتضح بالمثال - فنقول: إذا قال تعالى في المظاهر «فمن لم يجد فصيام شهرين» شمل عدم الوجدان الحسي ولا شك في أن صاحبه غير مكلف بالإعتاق، فلا يقال: إنه المخصص، لأنه لم يكلف بالكلية وإنما قصد بيان حكمه، وإن حكمه الخصلة المنتقل إليها.

وعدم الوجدان الحكمي كواجد رقبة يحتاجها للخدمة، وهذا يقصد فيه أمران: بيان الخصلة المنتقل إليها، وإخراجه من العموم، غير أن إخراجه إما بأن يقال: بأنه غير مأمور بالعتق أصلاً. والمقصود بالعموم غيره أو أن العتق غير متحتم عليه بل هو مخير بينه وبين الصيام.

وإلى كل من الاحتمالين ذهب بعض الفقهاء، فذهب بعضهم إلى الأول وقال لا يجوز للعاجز الإعتاق، وذهب أكثرهم إلى الثاني، وهو الصحيح، ويكون مقصود الآية التسهيل على من له عذر أن ينتقل من الإعتاق إلى الصيام فإن تكلف وأتى بالأعلى أجزأ.

وعلى هذا هل نقول: الواجب مخير أو معين؟ وهو الصيام الأقرب.

الثاني: ولكن الإعتاق يجزىء عنه، لأن المقصود، والكفارة والإعتاق أكمل في مقصودها.

والواجب هو الذي لا يجوز تركه مطلقاً، والصيام إنما جاز تركه إلى بدل فلم يخرج عن كونه واجباً.

ولا ينكر كون الشيء مرتباً في الذمة مقصوداً ويقوم مقامه شيء أعلى منه - من جنسه أو من غير جنسه - إذا كان في معناه ساداً مسده.

وهذا البحث ينتفع به في آية الوضوء وغيرها كما لا يخفى على المتأمل وينتفع به في وجوب القضاء على المتيمم في بعض الأحوال، لاندراجه تحت الأمر بالوضوء. ولو

قلنا: إنه لم يندرج أصلاً لأشكل إيجاب القضاء، ولكانت كفارة الظهار بالنسبة إلى القادر المعتق واحدة، على العاجز - إلا عن الصوم - واحدة، وإلى العاجز عن العتق والصوم واحدة، فتكون خصلة واحدة لا ترتيب فيها.

والمعلوم من الشرع أنها ثلاث خصال مرتبة، وظاهر ذلك أنها لكل أحد وهذا يشهد، لأن المعتبر في الكفارات حال الأداء، والأول يشهد لاعتبار حال الوجوب: انتهى كلام الوالد.

ولقائل أن يقول: قولكم فيمن قام به مانع حسي - أنه غير داخل فلا يقال: إنه مخصص مبني على إنكار التخصيص بالعقل، والأكثر على جوازه، ولم ينقل فيه إلا خلاف لفظي عن الشافعي رضي الله عنه فلعل الشيخ الإمام جرى على مقتضاه.

وقولكم في الحكمي - لا بد من دليل عليه - حق غير أن للمعترض أن يقول: بعد اعترافكم بأن الحكم أخرجه كيف تبطلون دليلاً؟ ومرادكم ما ادعى أن الشرع أخرجه يحتاج مدعيه إلى دليل، وهذا لا بد منه، ولا ينكره واحد ودليله قياس أو غيره، غير أن الاستدلال عليه بالقياس يستدعي جواز القياس على الخارج المستثنى وهو الصحيح.

وتردد الشيخ الإمام في العاجز، هل هو غير مأمور بالعتق أصلاً أو مخير بينه وبين الصيام.

ولعل مادته من الخلاف الذي حكاه أصحابنا في كتاب الصوم أن الشيخ الهرم هل يتوجه عليه الخطاب بالصوم ثم ينتقل للفدية للعجز؟ أم يخاطب بالفدية ابتداء؟

وهو على الوجهين في انعقاد نذره إذا نذر في خلال العجز صوماً؟ وصحح النووي أنه لا ينعقد، وقوله: إن بعضهم ذهب إلى أنه لا يجوز للعاجز الإعتاق غريب.

وقريب منه قول الغزالي في «المستصفى» فيمن يجهده الصوم ويحرمه عليه أنه إذا تكلف وفعله لا يصح.

وقوله الأقرب أن الواجب معين ثم يجزىء عنه الإعتاق وأنه لا ينكر الانتقال إلى غير الجنس إذا كان أعلى يشهد له جواز الانتقال في الفطرة إلى أعلى.

خلافاً لوجه حكاه الماوردي، وهو قوي في غير الجنس، ألا ترى أنه لا يجوز إخراج الذهب عن الفضة في الزكاة وإن أخرج ما هو أكثر قيمة.

قاعدة: الرخص لا تناط بالمعاصي[1].

وفيه مسائل:

منها: رجح الشيخ الإمام رحمه الله أن العاصي بسفره لا يتم، بل عليه أن يعود إذا أمكنه الرجوع والصلاة بالماء قبل خروج الوقت.

ومنها: لا يجوز للعاصي بالسفر الترخص، فلا يقصر الصلاة ولا يفطر ولا يستبيح قطعاً، ولا يستبيح المقيم على وجه.

ومنها: لو استنجى بمحترم ـ من مطعوم وغيره ـ فالأصح لا يجزيه، لأن الاقتصار على الأحجار رخصة، والرخص لا تناط بالمعاصي.

ومنها: زوال عقله بسبب محرم كشرب مسكر لم تسقط عنه الصلاة ويستثنى مسائل: منها:

الأصح صحة المسح على الخف المغصوب والمسروق وخف الذهب والفضة.

والثاني: لا، لأن المسح رخصة والرخص لا تناط بالمعاصي.

ومنها: يجوز الاستنجاء بقطعة ذهب وفضة وحرير نفيس خشنة على الصحيح كما يجوز بالديباج قطعاً.

فائدة: إن شئت جعلتها مفتتح قاعدة، وقع في كلام الشيخ الإمام رحمه الله في باب المسح على الخفين: الرخص لا تناط بالشك[2].

ذكر ذلك تعليلاً لمذهبه أن ابتداء مدة المسح من حين لبس الخف، وهو مذهب الحسن البصري يذكر الشيخ الإمام أن النووي صرح في «شرح المهذب» أن لابس الخف له أن يجدد الوضوء قبل الحدث. قال: فإن صح هذا صح مذهب الحسن لأنه وقت جواز الرخصة،وإذا احتمل لفظ الشارع تعين الحمل عليه وترك ما زاد عليه، لأن الرخص لا تناط بالشك.

قلت: لكن في صحته نظر، ومقتضى استدلال الرافعي وغيره من الأصحاب ـ أن

---

(١) المنثور ٢ / ١٦٧، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٣٨ ومعنى قول الأئمة أن الرخص لا تناط بالمعاصي أن فعل الرخصة متى توقف على وجود شيء نظر في ذلك الشيء فإن كان تعاطيه في نفسه حراماً امتنع معه فعل الرخصة وبهذا يظهر الفرق بين المعصية بالسفر والمعصية فيه.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٤١.

ابتداء المدة من حين الحدث بعد اللبس بأن ذلك وقت الترخص - أنه لا يجوز، ووقع في «الكفاية» لابن الرفعة عقيب هذا الاستدلال أنه مكروه.

ثم فرع الشيخ الإمام على هذه القاعدة أيضاً أنه إذا غسل واحدة وأدخلها الخف، ثم الأخرى وأدخلها لا يستبيح، لأنه لم يدخلها طاهرتين.

أصل مستنبط.

إذا قوبل مجموع أمرين فصاعداً بشيء من خارج مقابلة أحد ذينك الأمرين ببعض ذلك الشيء فهل يلزم أن يكون الزائد في مقابلة الشيء الآخر أو يجوز أن يكون في مقابلته، وأن يكون المجموع في مقابلة المجموع، أو يجوز أن يكون المجموع عند حصول الزائد في مقابلة الثاني وحده؟

فيه نظر تظهر فائدته فيما إذا انفرد الشيء الثاني عن الأول فهل يقابل بالكل أو بالزائد أولا، لأنه إنما ثبت مضموماً: إلى الأول عند وجود الأمرين؟

ولهذا أمثلة.

منها: ما في صحيح مسلم[1] من قوله ﷺ «من صلى العشاء في جماعة. فكأنما قام نصف الليل ومن صلى الصبح في جماعة فكأنما قام الليل كله. فيحتمل أن يكون من صلى الصبح في جماعة كان كأنما قام الليل وإن لم يصل العشاء في جماعة.

وحينئذٍ فمن صلى الصبح في جماعة والعشاء في جماعة كمن قام ليلة ونصف ليلة ويحتمل أنه إنما يكون كمن قام كل الليل إذا كان قد صلى العشاء في جماعة.

وعلى هذا احتمالان.

أحدهما أن يكون من صلى الصبح في جماعة ولم يصل العشاء في جماعة كمن قام نصف الليل.

الثاني: أن لا يحكم له بذلك، لأن شرط كونه إذا جمع في الصبح يكون كمن قام نصف الليل أويكون قد جمع في العشاء.

فهذه الاحتمالات أظهرها أن قوله عليه السلام: «من صلى العشاء في جماعة»

---

(١) ١ / ٤٥٤ في كتاب المساجد ومواضع الصلاة باب فضل صلاة العشاء والصبح في جماعة (٢٦٠ / ٦٥٦).

يريد به والصبح، وأن صلاتهما في جماعة تعدل قيام ليلة، وهذا هو الراجح عند المحدثين، ويدل له ما رواه أبو داود[1] والترمذي[2] من قوله ﷺ: «من صلى العشاء في جماعة كان كقيام نصف الليل ومن صلى العشاء والفجر في جماعة كان كقيام ليلة» قالوا: وطرق الحديث كلها صريحة في أن كل واحدة منهما تقوم مقام نصف ليلة واجتماعهما يقوم مقام ليلة.

قلت: لكن بقي انفراد الصبح فأين التصريح بكونه يقوم مقام نصف ليلة لأنه لا بد لهذا من دليل.

ومن المحدثين من حمل الحديث الأول على ظاهره، وقال: جماعة العتمة تعدل نصف ليلة وجماعة الصبح تعدل ليلة.

فهذه ليلة ونصف لمن صلاهما جماعة، ووجهه أن المشقة في جماعة الصبح أكثر منها في العشاء فناسب أن تضاعف.

ومنها: في الصحيحين[3]: أنه ﷺ قال: من شهد الجنازة حتى يصلى عليها فله قيراط، ومن شهدها حتى تدفن فله قيراطان... الحديث.

وفي لفظ[4]، ومن صلى على جنازة فله قيراط، ومن اتبعه حتى يوضع في القبر فله قيراطان... الحديث.

فلو اتبعه حتى وضع في القبر ولكن لم يصل عليه احتمل أن لا يحصل له شيء من القيراطين، إذ يحتمل أن يكون القيراط الثاني المزيد مرتباً على وجود الصلاة قبله، ويحتمل أن يحصل له القيراط المزيد.

وأما احتمال أن القيراطين يحصلان بالاتباع حتى يوضع في القبر وإن لم يصل عليه، فهو هنا بعيد.

---

(١) ١ / ١٥٢ في كتاب الصلاة / باب في فضل صلاة الجماعة حديث (٥٥٥).

(٢) ١ / ٤٣٣ في أبواب الصلاة / باب ما جاء في فضل العشاء والفجر في الجماعة حديث (٢٢١).

(٣) البخاري ٣ / ٢٣٣ في الجنائز / باب من انتظر حتى تدفن (١٣٢٥) ومسلم ٢ / ٦٥٢ في الجنائز / باب فضل الصلاة على الجنائز واتباعها حديث (٥٢ ـ ٩٤٥) وأحمد في المسند ٢ / ٤٠١، والنسائي ٤ / ٦٧ ـ ٧٧ وابن ماجة ١ / ٤٩١ حديث (١٥٣٩).

(٤) انظر صحيح مسلم ١ / ٦٥٣، حديث (٥٤ / ٩٤٥).

وأما احتمال أن من صلى واتبع حتى يدفن، يحصل له ثلاث قراريط فمرتب على هذا الاحتمال الثالث إن قلنا: من اتبع ولم يصل فله قيراطان، فلا شك أن من صلى يزداد قيراطاً ثالثاً.

وقد سأل الشيخ أبو الحسن ابن القزويني[1] الفقيه الشافعي الرجل الصالح صاحب الكرامات أبا نصر بن الصباغ عن هذا فقال: لا يحصل لمن صلى واتبع إلا قيراطان، قال له ابن القزويني: جيد بالغ، وطولب ابن الصباغ بالدليل فاستدل بقوله تعالى[2]: **﴿قل أئنكم لتكفرون بالذي خلق الأرض في يومين وتجعلون له أنداداً ذلك رب العالمين، وجعل فيها رواسي من فوقها، وبارك فيها، وقدر فيها أقواتها في أربعة أيام. . .﴾** قال: فاليومان جملة الأربعة بلا شك.

ومنها: ما في صحيح البخاري[3] من قوله ﷺ: «يعقد الشيطان على قافية رأس أحدكم إذا هو نام ثلاث عقد يضرب على عقدة مكانها عليك ليل طويل فارقد - فإن استيقظ وذكر الله تعالى: انحلت عقدة فإن توضأ انحلت عقدة فإذا صلى انحلت عقده كلها. . . . الحديث.

فلو استيقظ ولم يذكر الله غير أنه توضأ وصلى فهل تنحل عقدتان، أو شرط انحلالها تقدم ذكر الله؟

أو يقال: تنحل الثلاث، لإطلاق قوله فإن صلى انحلت عقده كلها وذلك بقوله: «كلها» هذا موضع نظر واحتمال.

---

(١) علي بن عمر بن محمد أبو الحسن البغدادي المعروف بالقزويني ولد في المحرم سنة ستين وثلاثمائة وكان عارفاً بالفقه والقراءات والحديث تفقه على الداركي وقرأ النحو على ابن جني. توفي في شعبان سنة اثنتين وأربعين وأربعمائة.
ابن قاضي شهبة جـ ١ ص ٢٢٩، ص ٢٣٠.
تاريخ بغداد ١٢ / ٤٣، طبقات الشافعية للسبكي ٣ / ٢٩٩، مرآة الجنان ٣ / ٦١، البداية والنهاية ١٢ / ٦٢، النجوم الزاهرة ٥ / ٤٩.

(٢) فصلت (٩ - ١٠).

(٣) متفق عليه من رواية أبي هريرة رضي الله عنه، البخاري في ٣ / ٢٤ في التهجد / باب عقد الشيطان على قافيه الرأس حديث (١١٤٢) ومسلم ١ / ٥٣٨ في كتاب صلاة المسافرين وقصرها باب ما روي فيمن نام الليل أجمع حتى أصبح ٢٠٧ / ٧٧٦.

ومنها: في سنن أبي داود[1] والترمذي[2] والنسائي[3] من حديث عمران بن حصين قال: «جاء رجل إلى النبي ﷺ قال: السلام عليكم فرد عليه ثم جلس، فقال النبي ﷺ عشر، ثم جاء رجل آخر فقال: السلام عليكم ورحمة الله فرد عليه فجلس، فقال: عشرون ثم جاء آخر فقال: السلام عليكم ورحمة الله وبركاته، فرد عليه، فجلس، فقال: «ثلاثون».

وفي رواية لأبي داود[4] زيادة من حديث معاذ بن أنس وهي «ثم أتى آخر فقال: السلام عليكم ورحمة الله وبركاته ومغفرته فقال: أربعون. غير أن في إسناد هذه الرواية مقالاً[5].

وقد يعارض بما في الموطأ[6] من أن رجلاً سلم على ابن عباس على قوله: وبركاته فقال ابن عباس: السلام المنتهى إلى البركة.

إذا علم هذا فلا يمكن إفراد ما بعد السلام عنه، غير أنا نقول: هل العشر المزيدة لقوله: ومغفرته مشروطة بسبق قوله: وبركاته؟ وهل العشر المزيدة لقوله: وبركاته. مشروطة بسبق لفظ الرحمة؟

كما أن ذلك كله مشروط بسبق لفظ السلام، أو لا يشترط سبق هذين؟ بل لكل لفظ من الألفاظ الثلاثة عشر - وإن انفرد - حتى لو قال: السلام عليكم ورحمة الله ومغفرته ونحو ذلك يحصل أربعون؟ هذا أيضاً موضع نظر واحتمال.

ومنها: لو هشم فلم يوضح فوجهان.

---

(١) ٤ / ٣٥٠ في كتاب الأدب / باب كيف السلام حديث (٥١٩٥).
(٢) ٥ / ٥٢ - ٥٣ في الاستئذان / باب ما ذكر في فضل السلام [٢٦٨٩] وقال حسن صحيح غريب من هذا الوجه.
(٣) من طريق أبي داود في عمل اليوم والليلة ص ٢٨٧ باب ثواب السلام حديث (٣٣٧).
وأحمد في المسند ٤ / ٤٣٩ والدارمي في السنن ٢ / ٢٧٧ في الاستئذان.
(٤) أبو داود في المصدر السابق حديث (٥١٩٦).
(٥) قال المنذري رحمه الله في إسناده أبو مرحوم عبد الرحمن بن ميمون وسهل بن معاذ لا يحتج بهما وقال فيه سعيد بن أبي مريم أظن أني سمعت نافع بن يزيد.
عون المعبود ١٤ / ١٠٣.
(٦) ٢ / ٩٥٩ في كتاب السلام / باب العمل في السلام حديث (٢).

أحدهما: تجب الحكومة، لأنه كسر عظم بلا إيضاح فأشبه كسر سائر العظام. وأصحهما وجوب خمس من الإبل، لأنه لو أوضح وهشم وجب عشر، ولو تجرد الإيضاح لم يجب إلا خمس، فيكون الخمس في مقابلة الهشم. ووقع في معاياة الجرجاني[1] أن الوجهين في أنه هل يجب عشر أو الحكومة؟ ولعل لفظ العشر غلط من ناسخ

فصل

قريب المأخذ من هذا الأصل «إذا تعقب شيء جملة مركبة من أجزاء أو جزئيات فهل يكون المؤثر فيه هو الجزء الأخير منها أو المجموع؟ فيه للعلماء تردد، وقد يظهر في بادىء الرأي أنه لفظي، لأن الجزء الأخير متوقف الوجود على ما سبقه، فلما سبقه فدخل قطعاً بهذا الاعتبار، والتحقيق أنه ليس بلفظي بل معنوي يترتب عليه فوائد.

والذي يظهر أن المؤثر المجموع، وفي حفظي أنه المعزو إلى مذهب الشافعي وأن المعزو إلى أبي حنيفة مقابله، ولعل ذلك مأخوذ من اختلافهما في مسألة السكر بالقدح العاشر. كما سنذكره في عد فوائد الخلاف، وهذا الأصل مذكور في الرافعي في باب الخلع في المسألة التي سنذكرها بين المزني والأصحاب فمنها حكم الشافعي رضي الله عنه بأن السكر لا يحصل بالقدح الأخير، بل به وبما قبله وليفرض فيمن سكر بعشرة أقداح، ومن ثم قال: حكم ما قبله في التحريم وإيجاب الحد حكمه.

والمعزو إلى أبي حنيفة خلافه، ومن ثم لم يجب الحد على شارب النبيذ إذا لم يسكر.

والحاصل أن المفسدة إنما تتحقق عند انضمامه إلى غيره.

ومنها: وهو على عكسه ـ إذا أراد النظر إلى الأجنبية لتحمل الشهادة وهو يعلم أن المعرفة لا تحصل له بنظرة واحدة بل لا بد من نظرتين. فاقتصر على واحدة فهل يفسق، لأن التحمل لا يقع بها فصارت لغرض غير صحيح أو لا، لأن لهذه تأثيراً في شهادته؟

---

(١) أحمد بن محمد بن أحمد أبو العباس الجرجاني قاضي البصرة وشيخ الشافعية تفقه على الشيخ أبي إسحاق الشيرازي وكان من أعيان الأدباء له النظم والنثر وسمع من جماعات وحدث. مات راجعاً من أصبهان إلى البصرة سنة اثنتين وثمانين وأربعمائة.

طبقات الشافعية الكبرى للسبكي ٣ / ٣١.

وطبقات الشافعية لابن هداية الله ٣/٣١، ابن قاضي شهبة جـ ١ ص ٢٦٠.

فيه احتمالان للروياني ذكرهما في «البحر» قبيل كتاب الشهادات.

ومنها: من فقأ عين الأعور لم يجب عليه إلا نصف الدية لأن العمى لا يحصل بهذا الفقء وحده، بل به وبما قبله.

ومنها: لو قالت: طلقني ثلاثاً بألف وهو لا يملك إلا طلقة فطلقها تلك الواحدة فقد نص في «المختصر» أنه لا يستحق تمام الألف، لحصول مقصود الثلاث، وهو البينونة الكبرى بتلك الطلقة.

قال المزني ـ معترضاً ـ لا يستحق إلا ثلث الألف توزيعاً للمسمى على العدد المسؤول، كما لو كان يملك الثلاث فطلق واحدة قال: والحرمة لا تثبت بتلك الطلقة وإنما تثبت بها وبما قبلها، فيكون حكمها حكم الأولى والثانية وقاس هذا على مسألتي السكر وفقء عين الأعور.

وفرق ابن سريج وابن إسحاق بين أن تكون المرأة عالمة بأن لم يبق إلا واحدة فيستحق الألف أو جاهلة فالثلث.

والصحيح الجريان على ظاهر النص ـ علمت أو جهلت ـ وأجيب عما احتج به المزني بأن العقل يستتر على التدريج، فكل قدح يزيل شيئاً من التمييز وزوال البصر كما أثر فيه الفقء. الثاني: أثر فيه ما قبله، والحرمة الموصوفة بالكبرى لا يثبت منها شيء بالطلقتين الأولتين.

قال الرافعي: وقد يقال المراد من الحرمة الكبرى توقف الحل على أن تنكح زوجاً آخر، وهذه خصلة واحدة ـ لا تتبعض ـ حتى يتأثر بعضها بالطلقة الثالثة وبعضها بما قبلها. وتوقف الشيخ الإمام ـ رحمه الله في هذا البحث، وقال: هذا محل نظر، يحتمل أن يقال: بكل طلقة يتشعب النكاح وينقض حق الزوج، وبالثالثة يتكمل النقص، وبطلان الحق بالكلية.

ومنها: لو ضرب في الخمر أحداً وأربعين فمات، هل يجب كل الضمان أو نصفه أو جزء من أحد وأربعين جزءاً؟

فيه أقوال: أظهرها ـ عند الرافعي والنووي ـ الثالث.

ولو جلد في القذف أحداً وثمانين، فهل يجب نصف الدية أو جزء من أحد وثمانين جزءاً؟ فيه القولان.

ومنها: لو جوّع من به بعض الجوع حتى مات، ففي القصاص أقوال، أظهرها إن علم المجوع جوعه السابق وجب، وإلا فلا، وعلى عدم القصاص. قيل: يجب الدية بأكملها، والأظهر نصفها.

ومنها: العتق في الكتابة، هل ينسب إلى النجم الأخير حتى لا يثبت برجل وامرأتين ويثبت بهما ما قبله أو إلى المجموع؟

ومنها: لو جرح اثنين صيداً جرحين مترتبين وحصل الإزمان بهما وكل منهما لو انفرد لم يزمن، فهل الصيد بينهما أو للثاني؟ به وجهان.

ومنها: لو اكترى اثنان دابة فارتدفها ثالث بغير إذنهما فهلكت، فهل على المرتدف النصف أو الثلث أو التقسيط بحسب الوزن؟ أوجه.

ومنها: لو كانت السفينة مثقلة بتسعة أعدال فوضع آخر فيها عدلاً آخر عدواناً فهل يغرم جميع الأعدال التسعة؟

والأصح بعضها، فقيل النصف، وقيل بالقسط، قال في «الروضة» وهو كخلاف الجلاد.

وله نظائر متقدمة، ومتأخرة، ذكره في مسألة اصطدام السفينتين ومنها: استأجره لحمل مائة، فحمل مائة وعشرة، فتلفت الدابة وصاحبها معها ضمن قسط الزيادة، وقيل: النصف، وقيل: الجميع، وهو قول غريب وإن لم يكن معها فالجمهور قالوا يضمن الكل، وعللوه بأنه انفرد باليد، وصار يحمل الزيادة غاصباً.

وخالفهم ابن كج ـ قال الشيخ الإمام: ولقوله اتجاهه ـ قال: وفي كونه غاصباً نظر، لأن تعديه بالزيادة لا يوضع باليد.

قلت: وقول ابن كج قياس نظائره في هذه القاعدة ومنازعة الشيخ الإمام في كونه غاصباً، عندي فيه وقفة.

ومنها: إذا شهدا بالطلقة الثالثة بعد الدخول ثم رجعا رجع عليهم بالمهر. قال الماوردي: ولكن في قدر ما يغرمان وجهان.

أحدهما: ما كانوا يغرمون لو كانت الشهادة بالثلاث. لأنهم منعوه بها من جميع البضع كالثلاث.

والثاني: ثلاثة لأنه ممنوع من بعضها بثلاث طلقات، اختص الشاهدان بواحدة منها: فكان ثلث المنع منها فوجب ثلث الغرم عليهم.

وعلى هذا لو كان الزوج طلقها واحدة، وشهدوا عليه بطلقتين لزمهم الثلثان، قال ابن الرفعة في «الكفاية» ولم يظهر لي فرق بين هذه الصورة، وبين ما إذا طلقها واحدة قبل الدخول، وقد جزم بأن حكمها حكم الثلاث.

قلت: وهذا عجيب، والفرق أوضح من أن يخفى مثله على ابن الرفعة، فإن الواحدة قبل الدخول تستقل بالبينونة فهي كالثلاث بعده.

فصل

عرفت الكلام فيما إذا تعقب مجموع أمور أمر هل ينسب إلى الأخير منها أو إلى مجموعها، وقلنا: إن الخلاف ليس بلفظي، بل ترتب عليه فوائد وانفصلنا عن ذلك الفصل.

والذي ننبه عليه في هذا الفصل ـ أن أثر الخلاف في مسائل أخر على نوع آخر له بعض القرب من هذا المأخذ.

منها: لو باع الوكيل بأقل من ثمن المثل بقدر لا يتغابن الناس بمثله، فهل يضمن الزائد على ما لا يتغابن أو الجميع؟

فيه وجهان، ووجه قرب مأخذهما من هذا أنا هل نجعل العدوان مقصوراً على القدر الأخير، أو عاماً في كل جزء لأن ما كان قبله إنما كان يغتفر عند انفراده لا عند انضمامه؟

وبهذا يظهر في مسألة الأقداح باب من الكلام للخصوم، فلقائلهم أن يقول: هب أن السكر واقع بالمجموع، وأن لكل قدح مدخلاً غير أني أغتفر القدح منفرداً فلا أحد شاربه، لانتفاء السكر عنه، ولكن أحده مجموعاً مضموماً إلى غيره، لحصول المفسدة حينئذٍ تعين ما قلتم أنتم في بيع الوكيل على أحد الوجهين أنه يضمن الكل.

وطريق جوابنا عن هذا ـ في مسألة ما لا يسكر من النبيذ ـ السنة الصحيحة القاطعة لتشكيك المشككين، وترهات المجادلين.

ومن حيث المعنى أن مسألة الأقداح وقع الشرب فيها مترتباً على كل قدح منفصل عن صاحبه فأمكن أن يفرد بحكم نفسه بخلاف البيع بأقل مما يتغابن بمثله، فإنه وقع دفعة واحدة.

ومنها: إذا ادعى على الخارجي غلطاً بأكثر مما يتفاوت بين الكيلين فهل يقبل (بالنسبة إلى ما يتفاوت بين الكيلين) الذي يقبل عند الاقتصار عليه؟ فيه وجهان.

ومنها: لو أكل من الأضحية.

ومنها: لو دفع جميع السهم إلى اثنين، هل يغرم ـ للثالث ـ الثلث أو أقل جزء.

ومنها: إذا أقام عند الثيب سبعاً، فهل يقضي أربعاً أو جميع السبع؟

ومنها: إذا صب الماء في الوقت وصلى بالتيمم، هل يقضي صلاة واحدة لأنه بالنسبة إلى الصلاة الثانية كمن صب الماء قبل الوقت، أو كل صلاة صلاها بالتيمم ما لم يحدث أو يغلب على الظن إمكان أدائه بوضوء واحد؟ فيه وجوه.

ومنها: وقع في واحد من ثلاثة أوان نجاسة ولم يعرف عينه فاجتهد فيها ثلاثة، أدى اجتهاد كل منهم إلى طهارة واحد وأم كل بصاحبه فصلاته التي أم فيها صحيحة، وكذا أول صلاة ائتم فيها بغيره إذا اقتصر عليها، فإن لم يقتصر فهل يقتصر العشاء على الأخيرة، لأن بها يتعين فقدان الشرط أو يفسدان جميعاً؟ فيه وجهان.

ومنها: لو أمن مائة ألف من المسلمين مائة ألف من الكفار، قال الإمام: فأمان الكل مردود، وحاول الرافعي فيما إذا صدر هذا التعاقب على الصحة إلى ظهور الخلل.

ووافقه النووي وأطلق، وابن الرفعة قيده بما إذا عرف الأول. ولك أن تقول: لم لا يصح وإن جهل ثم يستعمل القرعة ولي عليه كلام ذكرته في كتاب «التوشيح».

ومنها: إذا زاد الأمان على المدة هل تبطل في الزائد أم في الكل؟ فيه خلاف.

وإذا حققت القدر المشترك بين هذه المآخذ آل بك الذكر خلاف الصفقة وانفتح لك باب لعد مسائلها في هذه القاعدة ما دام الكلام مقصوراً على المعيشة. فإن عممته في المعية والتعاقب أنجز ذلك الكلام على مسائل انعطاف الحاضر على الذاهب وتذكرت مسائل انعطاف النية ومسألة انعطاف ثواب من نوى في أثناء النهار على أوله ونظائرها.

فصل

قدمنا الكلام فيما إذا تعقب أمر مجموع أمور لو لم تجمع لما كان، وقد يتعقب أمر أموراً هو غني عن مجموعها، ونعني بغناه عن المجموع أن بعضها كان كافياً في إثارة ذلك الأمر الذي يعقبها.

وذلك يعرض في المأمورات كمسح قدر زائد على الواجب في الرأس، والمنهيات كمن شرب من النبيذ قدراً يسكره منه بعضه، فهل الحاصل له كائن من مجموعها أو من القدر الذي لو انفرد لأثر؟ فيه نظر واحتمال، ولذلك إذا شهد أربعة بحق يثبت بشهادة اثنين منهم، فهل نقول: ثبت الحق بالكل أو باثنين على الإبهام؟

يظهر فيه هذا التردد، وتظهر فائدته في مسائل:

منها: لو رجع اثنان هل يتعلق بهما غرم؟

وفيه وجهان أصحهما ـ وبه قال ابن سريج والاصطخري وابن الحداد ـ لا غرم عليهما.

والثاني؛ وبه قال المزني وأبو إسحاق ـ عليهما الغرم بالحصة، لكن إذا كان في القصاص فلا قصاص، خلافاً للقفال فيما إذا تعمد.

ومنها: الأوقاص التي بين النصب أصح القولين أنها عفو، والثاني أن الواجب يبسط على الكل.

وتظهر فائدته فيما لو ملك تسعاً من الإبل وحال عليها الحول ثم تلف ـ قبل التمكن ـ أربع وقلنا: الإمكان شرط الضمان لا الوجوب، فإن قلنا: الوقص عفو فعليه شاة، وإلا فالأصح أن عليه خمسة اتساع شاة لا شاة، ومنها لو حضر ابنان للزوج وابنان للزوجة انعقد النكاح، قال الإمام: باتفاق الأصحاب، وقال في «زيادة الروضة» بلا خلاف.

ورأى ابن الرفعة تخريج خلاف فيها من مسألة الشهود قبلها، قال: «إن قلنا: لا غرم، فما ذاك إلا لثبوت الحق لاثنين على الإبهام، فيكون الانعقاد ـ هنا ـ مضافاً إلى اثنين من أربعة، فيعود الخلاف.

وإن قلنا بالغرم فما ذاك إلا لأن الحق ثبت بالجميع، وقياسه إضافة الانعقاد هنا

إلى الجميع وإذا جرد النظر إلى واحد واحد كان متصفاً بما يمنع الانعقاد.

قلت: ولمنازع في الأول أن يقول: لم قلت إن عدم الغرم لا يكون عند الثبوت الأربعة؟ وجاز أن ينتفي الغرم ـ وإن ثبت الحق بالأربعة ـ لبقاء من تنهض به الحجة.

وبذلك وجه ابن الصباغ ـ كما نقله الرافعي عنه في الزكاة ـ قول أبي إسحاق فيما إذا تلف أربع من التسع قبل التمكن ـ المسألة المتقدمة ـ أن عليه شاة، فقال الزيادة على الخمس ليست شرطاً في الوجوب فلا يؤثر تلفها ـ وإن تعلق بها الواجب ـ كما لو شهد خمسة بالزنا ورجع الخامس بعد الرجم فلا ضمان.

وإن كنت ـ أنا ـ لا أرتضي هذا التوجيه ـ لأن المنقول عن أبي إسحاق في هذه المسألة ـ أن على الراجح الضمان فكيف يوجه مذهبه في الزكاة بخلاف ما يعتقده في الشهادة.

ثم قول ابن الرفعة: أنه ثبت باثنين ـ على الإبهام ـ محتمل لكن جعله ذلك أصلاً لعدم الغرم يقتضي أنه لما رجع الاثنان تبين ثبوت الحق باللذين لم يرجعا، وليس كذلك، لأن الحكم إنما وقع بمبهم فكيف يعود بمعين وليس كمن طلق ـ مبهماً ـ ثم عين، فإن ذلك له أن يعين ما أبهم.

وهذا حكم مستند إلى مبهم، فاعتقاد أنه استند إلى معين ـ بعد ذلك ـ مكابرة في المحسوس، وإنما كان يمكن هذا لو كان رجوع الراجعين يخدش في الحكم المستند إلى شهادتهما لكنه لا يخدش، إذ لا ينقض الحكم برجوعهما.

نعم يمكن أن يوجه عدم الغرم بأنه لما وقع الحكم بالمبهم لم يكن إلزام هذين بغرم، إذ لا يتعين أن يكون الحكم بهما.

فإن قلت: أفصح لي عما تعتقد في الشهود الأربعة أتعتقد ثبوت الحق بالمجموع؟ أم باثنين مبهمين؟ أم ماذا؟

قلت: إن شهدوا دفعه واحدة فالأظهر ثبوته بالمجموع، ويحتمل أن يقال ثبت (باثنين) واجتماعهما كاجتماع دليلين على مدلول واحد ـ عند من يقول به ـ ويحتمل [أن يقال] ثبت باثنين مبهمين، لكن لا يصيران معينين أبداً، لأن الحكم إنما وقع هكذا. وإن شهدوا مرتبين فقد يقال: ثبت بالمجموع وقد يقال: ثبت بالأولين ولا ينبغي أن يقال

هنا بالإبهام لأن المقتضي لحكم القاضي قد حصل بشهادة الأولين. قبل شهادة الآخرين - وإن لم يكن المانع منه إلا عدم سؤال المدعي - إذ لو سأل قبل شهادة الأخيرين لتعين الحكم، وبهذا يظهر لك أن الواقعة فيها شهود ليست أرجح من الواقعة فيها شاهدان، وأنه لا ترجيح بكثرة الشهود - كما هو مذهبنا - بل أن الكثرة قد تضر، فإن استناد الحكم يبقى على ما ذكرنا من التفصيل والاحتمال وسيزداد هذا بياناً.

فأقول: وحيث قلنا: إن الحق ثبت بالمجموع فقد يقال: إذا رجع اثنان وبقي النصاب المعتبر - ولنفرض ذلك في العقوبات قبل الاستيفاء - فينبغي ألا يستوفي. حتى يعود الأولان ويعيدان شهادة جديدة، لأن شهادتهما الأولى لم يكن الحكم بها مجردة، بل بها مع غيرها فيصير رجوع البعض مبطلاً للمجموع الذي هو الحجّة، ورجوع الحجة قبل استيفاء العقوبة يمنع من استيفائها فليكن هذا مثله أو هو هو، فتأمل ما أجريته لك من البحث.

أما قول ابن الرفعة في الثاني - لو جردنا النظر إلى كل واحد لكان متصفاً بما يمنع الانعقاد. . . فممنوع على القول بأن الشاهد لأبيه وأجنبي يقبل، وهو الصحيح.

ثم لمنازع أن ينازع ابن الرفعة في أصل التنظير ويقول ليست مسألة ابني الزوج وابني الزوجة كمسألة الأربعة في الحق الذي ثبت باثنين، ولا هي مما نحن فيه، لأن كلامنا في مجموع ينشأ عنه ما ينشأ عن بعضه، كما في الأربعة ينشأ عنها ما ينشأ عن الاثنين لو تجرد، أما ابنا الزوج وابنا الزوجة فليس بعضهم بكاف، ألا ترى أنه لو شهد ابن الزوج وابن الزوجة أو ابنا الزوج وابنا الزوجة، ففيه وجوه شهيرة.

فإن قلت: أتقطع بانتفاء الخلاف عن ابني الزوج وابني الزوجة، كما نفاه النووي قلت: لا، ولكني لم أره، وما ذكره ابن الرفعة من التخريج فيه ما عرفت.

فإن قلت: هل لا يصح أن يخرج فيها خلاف من وجهين حكاهما الرافعي في كتاب الطلاق فيما إذا قلنا بصحة النكاح بالكتب، فكتب. هل يشترط أن يحضر القبول شاهد الإيجاب؟ وقال: أصحهما ألا يشترط وبه جزم في كتاب النكاح، ووجه التخريج أنه لا يثبت بابني الزوج إيجاب النكاح ولا بابني الزوجة إلا قبوله.

قلت: وقد يفرق بأن كلاً من الأبناء يشهد على النكاح بجملته، وإنما وقع الرد في حق أصله، وليس هو بمردود على الإطلاق، ألا ترى أنه لو شهد خشية ابتداء، قيل كما

قال الأصحاب في الأب يشهد بنكاح ابنه إن شهد ضمن دعواه لم يقبل، وإن شهد خشية ابتداء قبل. فإن قلت: لو كان كل الأبناء يشهد بجملة النكاح لجرى فيه الخلاف فيمن شهد لأبيه وأجنبي.

قلت: قد بينا بأنه يعرف أنهم لم يشهدوا، إنما حضروا عقد النكاح ولسنا على جزم بالاحتياج إلى شهادتهم لأصلهم لأنه قد لا تقع شهادة، وبتقدير وقوعها قد تقع مقبولة فيما إذا أخرجوها مخرج الحسبة، فليس كمن بت شهادته لأبيه وأجنبي.

أنه جاء بشهادة بعضها مردود، وهذا لم يأت إلى الآن بشيء فكيف تبطل؟

فإن قلت: المعتبر في شهود النكاح أن يكونا بصفة القبول وقت الأداء، ولذلك لم تنعقد بالفاسقين.

قلت: هذا على إطلاقه غير مسلم، ولذلك ينعقد بالمستورين، ثم قلت: انهما ليسا بصفة القبول عند الأداء، وقد قلنا: إنه جاز أن تكون شهادتهما عند الأداء مقبولة.

ومن ثم امتنع بعض الأصحاب في إجراء الخلاف في الانعقاد في العدوين، قال: لأن العداوة قد تزول.

فصل

يقرب من هذه المآخذ: إذا تولد الشيء بين مضمون وغير مضمون فهل يعطى جميعه حكم الضمان.

وفيه صور:

منها: إذا أوجبنا الضمان بالختان ـ كما في الحر والبرد المفرطين ـ فالواجب جميع الضمان للتعدي أو نصفه لأن أصل الختان واجب والهلاك حصل من مستحق وغير مستحق؟ فيه وجهان: قال الرافعي: أظهرهما الثاني.

ومنها: وجهان كذلك في إقامة الجلد في الحر أو البرد المفرطين.

ومنها: إذا ضربه ـ في الجلد ـ فأنهر دمه فلا ضمان عليه لأنه قد يكون ذلك من رقة الجلد، فإن عاد فضربه في موضع انهار الدم ففي الضمان وجهان.

فإن أوجبناه ففي قدره وجهان، أحدهما: جميع الدية، والثاني: نصفها ذكره القاضي مجلي في «الذخائر» في كتاب موجبات الضمان.

أصل مستنبط

كل من يتوقف صحة الشيء على إذنه لم يؤثر منعه فيه بخلاف من يتوقف وجود الشيء على إذنه فإن منعه مؤثر في إبطاله.

ومن ثم لو نهت غير المجبر عن أن يوكل في تزويجها لم يكن له التوكيل ادعى الإمام والبغوي أنه لا خلاف، وقال الماوردي: إن قلنا: لا يعتبر إذنها لتوكيل لم يؤثر منعها منه.

ومن هنا أثبت ابن الرفعة خلافاً، وشكك به على دعوى الإمام البغوي نفي الخلاف، ونازعه الشيخ الإمام وقال: الأشبه القطع بنفي الخلاف.

قاعدة: «ما ثبت بالشرع أولى مما يثبت بالشرط»[1]

قاله الأصحاب ووجهوا به القول الصحيح في أنه إذا قال طلقتك بألف على أن لي الرجعة يسقط قوله بألف ويقع رجعياً، لأن المال ثبت بالشرط والرجعة ثبتت بالشرع فكانت أقوى.

غير أن لك أن تقول: المال ثبت في الخلع بالشرع أيضاً فينبغي أن يكون الساقط ـ هنا المال المعين لا مطلق المال، لأن الشرع يثبته فليس دفع المال أولى من دفع الرجعة.

وسيجيء في هذا البحث تتمة من حرف الباء من قسم النحو في أواخر هذا الكتاب ـ إن شاء الله تعالى ـ والقاعدة صحيحة وإنما الكلام في تخريج هذا الفرع عليها وأوضح منه تدبير المستولدة فإنه لا يصح، لأن عتق المتولدة عند الموت ثابت بالشرع فلا يحتاج وقت الموت إلى تدبير.

ونظيره الشرط الذي يقتضيه العقد: الصواب عندنا أنه لا يضر ولا ينفع ومقتضى العقد مستفاد من العقد بجعل الشارع لا من الشرط وهو رأي الإمام والغزالي والرافعي وغيرهم.

---

(١) المنثور ٣ / ١٣٤، الأشباه للسيوطي ١٤٩.
قال الزركشي: أشار الرافعي لهذه القاعدة في فروع التعليقات.

وقول المحاملي: «إن شرط مقتضى العقد صحيح» - إن عنى به أنه لا يفسد فحق، وإن عنى به أنه يؤثر شيئاً فلا نوافقه عليه.

وقد يقال: يكون المعلول علتان - على رأي من يجوز اجتماع علتين - وهذا سنتكلم عليه إن شاء الله في مسائل أصول الدين عند الكلام على التعليل بعلتين.

وكل هذه الفروع تدل، لأنه [**إذا اجتمع خيار المجلس وخيار الشرط يكون ابتداء خيار الشرط من حين التفرق**][1]، وهو وجه، لأن ما قبله ثابت بالشرع، فلا يحتاج إلى الشرط.

وقد يقال: لا تعارض بينهما عند من يجوز اجتماع علتين وتشبه هذه القاعدة نذر الفرائض فإنه لا يصح، لأنها ثابتة بالشرع وورود الالتزام عليها لا يفيد شيئاً، وذلك مما يوضح أنه لا يجتمع علتان.

قاعدة: «الإكراه يسقط أثر التصرف فعلاً كان أم قولاً».

وسنتكلم على هذه القاعدة في أصول الدين، ونقتصر - هنا - على المستثنى منها، وهو مسائل: ذكر الغزالي منها في كتاب الطلاق خمساً.

منها: الإسلام، وفي استثنائه نظر، فإنه إذا كان المكره عليه ذمياً فالأصح عدم صحته وإن كان حربياً أو مرتداً فالإكراه هنا بحق.

وقولنا: الإكراه يسقط أثر التصرف بخصوص الإكراه بغير حق ما سنبين في أصول الدين أن لم نجعل صفة الإكراه منافية للتكليف وهو الحق وإن جعلناها منافية فلا فرق بين الإكراه بحق وباطل فليقع الاستثناء[2].

ومنها: الرضاع والاستقبال والحدث فيصح عن إكراه لتحققها في أنفسها. وحكى الرافعي عن الحناطي في مس الذكر ناسياً وجهين لا يبعد جريانهما في الإكراه.

ومنها: الأصح بطلان صلاة المتكلم في الصلاة مكرها، ولا خلاف في بطلانها بالأفعال الكثيرة وإن صدرت عن إكراه، واختلفوا في فطر المكره.

ومنها: الإكراه على القتل لا يتجه إجماعاً، ولا يسقط القصاص على الصحيح،

---

(١) سقط من أ والمثبت من ب.

(٢) في «ب» فليقع الاستثناء على هذا.

ولا يصح ابتثناء القتل، لأن ما من شيء يكره به عليه إلا وهو أشق منه، وقد يعرض في قول القائل ـ اقتل هذا وإلا قتلتك قبله ـ تعذيب بكيفيات يصعب على النفوس ويسقط مطلق القتل في مقابلتها.

ومنها الزنا. إن قيل: يتصور الإكراه عليه وهو الصحيح فإنه لا يباح بالإكراه.

ومنها: إذا علق الطلاق على صفة فأكره عليها ففيه قولان.

ومنها: إذا تبايعا في عقد الصرف وتفرقا مكرهين قبل القبض، نقل صاحب الاستقصاء عن صاحب الإفصاح أنه يبطل.

وقد يعترض على هذا بأن الإكراه لا يبطل خيار المجلس على الصحيح. ويجاب بضيق باب الربا، وللوالد ـ رحمه الله ـ كلام مبسوط في شرح المهذب والمنهاج.

ومنها: الحلف بالله مكرها ينعقد يمينه ـ على وجه حكاه ابن الرفعة ـ ولعله أخذه من تعليقة القاضي أبي الطيب فإنه حكاه فيها.

ومنها: الوكيل في الطلاق إذا أكره ففي صحته احتمالان لأبي العباس الروياني أحدهما: الوقوع لحصول اختيار المالك، وأصحهما عنده أنه لا يقع لأنه المباشر.

قاعدة: «معزوة إلى الأودني».
«ما يسقط بالتوبة يسقط حكمه بالإكراه وما لا فلا».

ويرد شرب الخمر فإنه يباح بل يجب بالإكراه وحده لا يسقط بالتوبة على الأصح والقذف مثله أيضاً.

قاعدة: الاشتغال بغير المقصود. إعراض عن المقصود[1].

في صور منها: لو حلف لا يسكن هذه الدار ولا يقيم فيها فتردد فيها ساعة من غير غلط حنث، وفيه بحث للرافعي.

ومنها لو قال طالب الشفعة للمشتري عند لقائه: بكم اشتريت أو اشتريت رخيصاً بطل حقه.

---

(١) الأشباه للسيوطي ص ١٥٨.

ومنها: لو كتب أنت طالق ثم استمر فكتب إذا جاءك كتابي فإن لم يحتج إلى الاستمرار طلقت وإلا فلا؟ إذ لا إعراض.

قاعدة: «الرضا بالشيء رضا بما يتولد منه[1] واعتراف بصحته».

في مسائل منها:

رضا أحد الزوجين بعيب صاحبه فازداد العيب فلا خيار على الصحيح لأن رضاه به رضا بما يتولد منه.

ومنها: ادعت المنكوحة برضاها ـ حيث يعتبر إذنها ـ أن بينها وبين الزوج محرمية لم يقبل، لأن رضاها بالنكاح يتضمن اعترافها بحكمه، فلا يقبل منها نقضه إلا إذا ذكرت عذراً، كنسيان ونحوه فتصدق لتحليفه.

ومنها: علمت بإعساره عن المهر وأمسكت عن المحاكمة بعد طلب المهر كان رضاه بالإعسار مسقطاً للخيار، بخلاف ما إذا كان قبل الطلب لا حتمال أن التأخير لتوقع النسيان.

ومنها: لو ادعت بعد الدخول ـ وهي معتبرة الإذن ـ أنها زوجت بغير إذنها، قال البغوي: لا يقبل، قال الرافعي كأنه نزل الدخول منزلة الرضا.

ومنها: لو قال رشيد: اقطعني ففعل فسرى فهدر، وفي قول: تجب الدية.

قاعدة: «لا يجوز أن يستنبط من النص معنى يعود عليه بالإبطال».

ومثل علماؤنا لذلك بالقيمة من إيجاب الزكاة في الشاة.

وأنا متوقف في صحة التمثيل به وأقول لمن أجاز القيمة أن يقول: أنا مستنبط معنى معمم لا يبطل، لأني لا أمنع أجزاء الشاة، وهذا شيء ذكرته في شرح المختصر، وأنا باق عليه، غير أني هنا أقول: قد يقول أصحابنا: هب أنك تقول اجزاء الشاة إلا أنك من حيث لم تحصر الاجزاء فيها مبطل للفظها في قول النبي ﷺ ـ «في أربعين شاة شاة[2]

---

(١) وقريب منها قاعدة المتولد من مأذون فيه لا أثر له.

انظر المنثور ٢ / ١٧٦، الأشباه للسيوطي ص ١٤١.

(٢) أبو داود في السنن ٢ / ٩٩ في الزكاة / باب في زكاة السائمة (١٥٧٢) وفيه الحارث الأعور وعاصم بن ضمرة.

وليست القيمة أعم من الشاة بل هي قيمة لها فما لذكر الشاة فائدة إذ لا تنبيه فيها بالأخص على الأعم إذ لا أعم هنا كما بيناه، ولا هي نفس الواجب على ما زعمت الخصوم، ولكني لا أرتضي هذا كل الرضا.

وأقول: قد يقول الخصم: جاء ذكر الشاة من قبل مقابلته لمثله، فإنه لما كان الموجب فيه شياهاً حسن في اللسان أن يذكر لفظ المقابل بإزائه، ألا ترى أن أحداً لم يقل بأن القيمة لا تجزىء في الإبل والبقر وتجزىء في الغنم، بل إنها ما تجزىء في الكل فلم يكن لفظ الشاة وارداً لتعينه فافهم ذلك فيه يضمحل التمثيل.

وأنا أرى أن نمثل لهذا بقوله ﷺ «ذكاة الجنين ذكاة أمه»[1] فلقد اقتحم الخصوم فيه أمراً عظيماً وقدروا لفظ المثل فقالوا المعنى مثل ذكاة أمه وهذا التقدير مع كونه غير محتاج إليه لإمكان صحة الكلام دونه باطل لأنه عائد على الكلام بالإبطال وتصييره لغواً فإن الجنين إن احتيج إلى ذكاته فذكاته كذكاة سائر الحيوانات ـ لا خصوصية لأمه ـ ثم إن كل عاقل يعرف أن ذكاته كذكاتها وذكاة غيرها بلا تفاوت فلا يكون اللفظ مقيداً، البتة.

ونظيره تقدير بعض المالكية «من صام رمضان وأتبعه بست من شوال»[2]، أن المعنى بست من الفطر إلى أيام الفطر، فلا فرق بين شوال وغيره ثم قال: ينبغي تفريقها ولا يأتي بها متتابعة، فانظر كيف محقوا اللفظ محقاً.

فصل

ويجوز استنباط معنى يعمم، كمشوش الفكر من قوله ﷺ: «لا يقضي القاضي وهو غضبان»[3]، فلقد عممنا الغضب، ونقل القاضي أبو الطيب الإجماع على ذلك.

وخصصناه بالغضب إلا لله، إذ لا كراهة على ما ذكر الإمام البغوي فيما إذا كان الغضب لله، واستنباط معنى يعمم هو باب القياس.

---

(١) أبو داود ٣ / ١٠٣ الأضاحي / باب في المبالغة في الذبح (٢٨٢٦)، والحاكم في المستدرك ٤ / ١١٤ في كتاب الأطعمة باب ذكاة الجنين وقال صحيح على شرط مسلم وأقره الذهبي.

(٢) مسلم من حديث أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه ٢ / ٨٢٢ في الصيام / باب استحباب صوم ستة أيام من شوال (٢٠٤ / ١١٦٤).

(٣) البخاري ١٣ / ١٣٦ في الأحكام / باب هل يقضي القاضي.. حديث (٧١٥٨) ومسلم ٣/١٣٤٢ - ١٣٤٣ في الأقضية / باب كراهية قضاء القاضي وهو غضبان (١٦ / ١٧١٧).

فصل

وفي استنباط معنى يخصص قولان.

قال ابن الرفعة في الصداق من «المطلب» يظهر أثرهما في مسائل:

منها: قوله ﷺ «لا تتلقوا الجلب»(1) وقوله ﷺ «من اشترى ما لم يره»(2)، ونهيه ﷺ عن بيع اللحم بالحيوان(3)، وغير ذلك قال: فمن نظر إلى اللفظ أثبت الخيار عند صدق تلقي الجلب وإن لم يحصل غبن وعند موافقة المبيع لما وصف عند رؤيته، وصنع بيع اللحم بحيوان غير مأكول، ومن نظر إلى المعنى عكس الحكم».

قلت: وكذلك «ليس للقاتل من الإرث شيء»، من تعلق بلفظه عمم القاتل ـ خطأ وبحق وغيرهما من نظر إلى المعنى خصصه.

وكذلك قوله تعالى: ﴿أو لامستم النساء﴾(4) من اعتبر تجرد اللفظ نقض الوضوء بمجرد لمس المحارم، ومن نظر إلى المعنى خصصهن.

وقوله: تعالى ﴿فإن يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين وإن يكن منكم ألف يغلبوا ألفين﴾(5).

من اعتبر اللفظ منع فرار عشرين ضعفاء من المسلمين من تسعة وثلاثين ومن اعتبر المعنى جوزه.

---

(1) مسلم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه ٣ / ١١٥٧ في كتاب البيوع / باب تحريم تلقي الجلب (١٧ / ١٥١٩).

(2) أخرجه الدارقطني في سننه عن زاهر بن نوح ثنا عمر بن إبراهيم بن خالد الكردي ثنا وهب اليشكري عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه. . .وزاهر بن نوح لا يعرف.

(3) أخرجه أبو داود ٣ / ٢٥٠ في كتاب البيوع / باب في الحيوان بالحيوان نسيئة حديث (٣٣٥٦) والترمذي ٣ / ٥٣٨ في البيوع / باب ما جاء في كراهية بيع الحيوان الحيوان نسيئة (١٢٣٧) وقال حسن صحيح، النسائي ٧ / ٢٩٢ في البيوع / باب بيع الحيوان بالحيوان، وابن ماجة ٢ / ٧٦٣ في التجارات / باب بيع الحيوان بالحيوان نسيئة (٢٢٧٠) وأحمد في المسند ٥ / ١٢ ـ ١٩ ـ ٢١ والدارمي في السنن ٢ / ٢٥٤ في البيوع / باب في النهي عن بيع الحيوان بالحيوان.

(4) النساء (٤٣).

(5) الأنفال (٦٦).

وقوله ﷺ «من احتكر فهو خاطىء»[1].

ومن اعتبر اللفظ حرم الاحتكار في كل موضع وفي كل سلعة ـ وإن لم يضر ـ وهو المنقول عن مالك، ومن اعتبر المعنى خصصه بوقت الغلاء، وعليه مذهبنا.

تنبيه:

لا يخفى عليك أن الممتنع على أحد القولين إنما هو [إسقاط][2] معنى ـ من نص وغيره ـ يعود عليه بالتخصيص، لاعتقاد أنه مبطل.

أما استنباط معنى ـ من نص وغيره ـ يعود عليه بالتخصيص فلا يمتنع ثم يتعارض. وهو وإن كان مستنبطاً من نص آخر قدم عليه، أو من قياس فالكلام فيه كالكلام في التخصيص بالأقيسة فإياك أن تبحث على كل عام أخرجت منه صور لمعان استنبطت وتقول لم لا جرى فيها قولان بل ليس لك هذا السؤال إلا ان وجد المعنى استنبط من اللفظ نفسه لا من سواه.

وإلا فكم من عام خصص بالمعاني وهذا كقوله تعالى: ﴿إنما الصدقات للفقراء﴾[3] مخصوص بالمسلمين إجماعاً.

وقوله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى﴾[4] خص من ذوي القربى الكفار بلا خلاف وخص أبو حنيفة الأغنياء واشترط الشافعي الفقر في أبناء السبيل، وتردد في اليتامى فأما تخصيصهم الكفار فليس من معنى مستنبط من النص، بل لأن المأخوذ منهم لا يرد عليهم، وغير ذلك من أمور خارجية.

قاعدة: الميسور لا يسقط بالمعسور.

ومن أشهر القواعد المستنبطة من قوله ﷺ: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم».

---

(١) مسلم من حديث معمر بن عبد الله العدوي ٣ / ١٢٢٧ في كتاب المساقاة / باب تحريم الاحتكار في الأقوات (١٢٩ / ١٦٠٥).

(٢) سقط في ب.

(٣) سورة: التوبة آية: ٦٠.

(٤) سورة: الأنفال آية: ٤١.

وبها رد أصحابنا على أبي حنيفة قوله: «إن العريان يصلي قاعداً». فقالوا إذا لم يتيسر ستر العورة فلم يسقط القيام المفروض؟

وذكر الإمام في أواخر الغياثي ومن خطه نقلت أن هذه القاعدة من الأصول الشائعة التي لا تكاد تنسى ما أقيمت أصول الشريعة.

وقد ذكرها الشيخ الإمام في باب التيمم من «شرح المنهاج» وأكثر من عد مسائلها.

فمنها: إذا كان مقطوع بعض الأطراف يجب غسل الباقي جزماً.

ومنها: إذا قدر على بعض السترة فعليه ستر القدر الممكن.

ومنها: إذا قدر على بعض الفاتحة أتى بها.

ومنها: إذا لم يمكن المصلي رفع اليدين إلا بالزيادة على المشروع أو نقص أتى بالممكن.

ومنها: إذا انتهى المظاهر إلى المرتبة الأخيرة فلم يجد إلا إطعام ثلاثين.

قال الإمام: يتعين عندي إطعامهم قطعاً.

ومنها: إذا وصى بإعتاق عبد فلم يخرج كله من الثلث عتق ما يخرج منه قطعاً.

ومنها: إذا وجد من الماء ما لا يكفيه فالأظهر وجوب استعماله، والقولان جاريان فيما إذا لم يكن معه ماء ولكن معه ما يشتري به ماء.

ومنها: إذا قدر على بعض الماء ولا تراب معه فطريقان: أصحهما يجب استعماله والثانية طرد القولين.

ومنها: الأصح - في القدرة على بعض التراب - الوجوب وقيل: على القولين.

ومنها: إذا كان في بعض بدنه ما يمنع استعمال الماء غسل الصحيح وتيمم على الجريح، وقيل: على القولين.

ومنها: إذا قدر على بعض الصاع من الفطرة لزمه إخراجه - على الأصح.

ومنها: إذا قدر على بعض الرقبة في الظهار لم يقدر على الصيام ولا الإطعام فأوجه خرجها ابن القطان.

أحدها: الاكتفاء به.

والثاني: إخراجه، ويبقى الباقي في ذمته.

والثالث: لا يخرجه.

ومنها: عتق بعض الرقبة وهو موسر ببعض قيمة الباقي فالأصح السريان إلى القدر الذي هو موسر به.

ومنها: أوصى بشراء عبد بألف وعتقه فلم يخرج الألف من الثلث وأمكن شراؤه بما يخرج منها وجب.

ومنها: عليه نجاسات ووجد ما يغسل بعضها غسله قطعاً، وقيل: على قولين.

ومنها: لو عجز عن الركوع والسجود دون القيام لزمه القيام خلافاً لأبي حنيفة.

ومنها: لو لم يقدر على الانتصاب بأن تقوس ظهره وصار في حد الراكعين فقال الغزالي ـ تبعاً لإمامه ـ يقعد.

والأصح، لا، بل يقف راكعاً.

ومنها: لو اطلع على عيب المبيع ولم يتيسر لـه المبادرة بالرد ولا الإشهاد من وجوب التلفظ بالفسخ وجهان جاريان فيه وفي الشفعة.

ومنها: اشترى الشقص بثمن مؤجل فالشفيع مخير بين أن يعجل ويأخذ الشقص في الحال وأن يصير إلى حيلولة الأجل ـ على أصح الأوجه ـ وهل ينبه المشتري على المطلب ـ فيه وجهان.

ومنها: ملك مائة نقداً أو مائة مؤجلة على مليء فكيف تـزكى؟ والتفريـع على الأوجه وهو أنه تجب الزكاة في المؤجل ولا يجب الإخراج في الحال ولكن بعد الاستيفاء الأصح أنه يلزمه الإخراج عما في يده، لأن الميسور لا يتأخر بالمعسور.

ومنها: ذكر العراقيون ـ عن نص الشافعي ـ أن الأخرس يلزمه أن يحرك لسانه بدلاً من تحريكه إياه في قراءة الفاتحة، قالوا: والتحريك من غير قراءة كالإيماء بالركـوع والسجود.

وقال الإمام في «النهاية»: وهذا مشكل عندي، فإن التحريك بمجرده لا يناسب القراءة ولا يدانيها، فإن إقامته ـ بدلاً ـ بعيد.

قال «ثم يلزم ـ على قياس ما ذكروه ـ أن يلزموا التصويت من غير حروف ـ مع تحريك اللسان، وهذا أقرب من التحريك المجرد.

ثم على الجملة قلت: أراه بدلاً عن القراءة، وإذا لم يكن بدلاً فالتحريك الكثير يلحق بالفعل الكثير انتهى.

ومنها لو خاف الجنب ـ من الخروج من المسجد ـ على نفس أو مال يلبث، ووجب عليه التيمم ـ إن وجد غير تراب المسجد.

صرح به القفال والأستاذ أبو منصور وصاحب التتمة وأفهمه كلام الرافعي في «الشرح الكبير»، وصرح به النووي في الروضة، ووجهه أن أحد الطهورين وهو التراب ميسور فلا يسقط المعسور.

ووقع في عبارة الرافعي في «الشرح الصغير»، في هذه المسألة أنه يحسن ويتعين تأويلها، لئلا تخالف النقل والعقل.

فإن قلت: يؤيد ظاهرها ـ الشاهد لعدم الموجود ـ قول القاضي أبى الطيب فيمن أحدث ومعه مصحف ـ ولم يجد الماء وهو قادر على التراب ـ أن له حمله من غير تيمم.

قلت: وقد أفتى القفال في هذه الصورة أيضاً بأنه يتيمم، فلم يكن قول القاضي أبي الطيب مسلماً.

ثم أقول: كلام القاضي محمول على من المصحف في يده فلم يغتفر إلقاؤه على الأرض لأجل الطهارة الكبرى. وإذا حمل على من المصحف في يده لم يكن كمسألة الجنب في المسجد.

ومنها: إذا وجد مانع من الجماع ـ طبيعي ـ في الزوج بعد مضي المدة المحسوبة في الإيلاء كمرض لا يقدر معه على الوطء، فيطالب بالفيئة باللسان أو الطلاق إن لم يفيء.

ومنها: من اجتمع عليه قتل وصلب فمات ففي وجوب صلبه وجهان.

«ويستثنى من القاعدة مسائل»

منها: إذا لم يجد المظاهر إلا بعض رقبة عدل إلى البدل.

منها: الشفيع إذا وجد بعض ثمن الشقص لا يأخذ قسطه من الشقص.

ومنها: إذا قال الموصي اشتروا ثلثي رقبة وأعتقوها فلم يجد رقبة لا يشتري الشقص.

ومنها: أوصى بشراء ـ رقاب وعتقهم فلم يتيسر إلا اثنان وشقص لم يشتر الشقص ـ على الأصح ـ عند الرافعي والنووي، وخالفهما ابن الرفعة والوالد.

ومنها: لو لم يجد المحدث إلا ثلجاً أو برداً ـ لا يقدر على إذابته ـ وجب استعماله على المذهب. وقيل: يجب، فيتيمم على الوجه واليدين، ثم يمسح به الرأس. ثم يتيمم على الرجلين.

قاعدة: إذا تضمن الشيء الخروج من أمر فلا يتضمن الدخول في مثله وإن شئت قل: الشيء الواحد لا يتضمن الخروج والدخول في شيء واحد أو: الشيء الواحد لا يتضمن قطع الشيء ووصله.

أو الشيء الواحد لا يحصل به الفسخ والعقد جميعاً. وهذه عبارة الرافعي ذكرها عند الكلام في بيع المبيع في زمن الخيار ومن ثم مسائل:

منها: لو كبر للإحرام للصلاة ثم كبر ثانية أو أكثر قاصداً بكل واحدة من تكبيراته ـ تكبيرة الإحرام فإن صلاته تنعقد بالأوتار وتبطل بالإشفاع، فإن انتهى إلى وتر فصلاته صحيحة وإن انتهى إلى شفع لم تصح لأنها تنعقد بالأولى فإذا كبر الثانية للإحرام يضمن إبطال الأولى والدخول في الصلاة والتكبيرة الواحدة لا تصلح لقطع الصلاة ووصلها فتبطل صلاته، فإذا كبر الثالثة انعقدت: لأنه ليس في صلاة، فإذا كبر الرابعة بطلت لما قلناه في الثانية، وهلم جراً.

وقد ذكر النووي هذه المسألة ـ «في الروضة» في باب «صفة الصلاة» ـ من زوائده ـ لكونها ليست في الرافعي في هذا الباب ولكنها في الرافعي في موضعين في البيع عند الكلام في أن بيع البائع المبيع في زمن الخيار هل يكون فسخاً؟ وفي الشفعة عند الكلام في تصرف المشتري في الشقص.

فليست من زوائد الروضة ـ على الإطلاق ـ بل باعتبارات صفة الصلاة فقط.

ومنها: لو تصرف المشتري في الشقص فعن أبي إسحاق أنه ليس للشفيع نقض تصرفه، كما لا ينقض بناه.

واختلفوا في موضع هذا الوجه فمنهم من خصصه بتصرف تثبت فيه الشفعة ومنهم من عمم وقال: تصرف المشتري يبطل حق الشفيع مطلقاً نعم لو كان بيعاً ونحوه يحدد حق الشفعة، وعن رواية الشيخ أبي علي لا يتجدد أيضاً، لأنه إذا كان مبطلاً للشفعة لا يكون مبتاً لها كمسألة الصلاة.

فإن قلت: الأصح صحة بيع البائع العين المبيعة في زمن الخيار إذا كان الخيار له، ثم الأصح أن ذلك فسخ للبيع السابق، فهذا تصرف يتضمن إبطال بيع سابق وصحة بيع لاحق.

قلت: إبطال البيع السابق وقع ضمناً على وجه البيع، وليسا مقصودين.

ومنها: للمتوضىء تفريق النية على أعضائه على الأصح، أن ينوي ـ عند غسل الوجه ـ رفع الحدث عن الوجه ـ وعند اليدين رفع الحدث عن اليدين وكذا عند الرأس والرجلين.

وذهب الشيخ أبو حامد الراذكاني الطوسي[1] شيخ الغزالي فيما نقله عن ابن الصلاح ـ إلى أن صورة التفريق أن ينوي ـ عند الوجه ـ رفع الحدث عن جميع الأعضاء. ثم يعود إلى مثل ذلك في كل عضو.

واعترضه ابن الصلاح بهذه القاعدة قال: فإن النية الثانية تتضمن قطع النية الأولى، أي فلا يكون موجباً للخروج من الوضوء بقطع النية الأولى والدخول.

ورد بعضهم على ابن الصلاح بأن ذلك ليس قطعاً، بل هو تأكيد لما تقدم.

قلت: وبتقدير كونه قطعاً، فإنما هو قطع لنية ما وراء العضو الذي انغسل ثم هو قطع ضمني فيغتفر.

---

(١) أحمد بن محمد الطوسي ذكره في الطبقات الكبرى وقال: وهذا الراذكاني أحد أشياخ الغزالي في الفقه تفقه عليه قبل رحلته إلى إمام الحرمين.
وقال: وراذكاني براء مهملة ثم ألف ساكنة ثم ذال معجمة مفتوحة ثم كاف ثم ألف ثم نون من قرى طوس.
الطبقات الكبرى ٤ / ٩١.

ومنها: ذكر ابن الصباغ فيما نقله عنه شبيب الرحبي[1]، أن عتق المبيع قبل القبض، إنما صح مع كون بيعه غير صحيح، لأن العتق قبض، بخلاف البيع.

فقيل: إذا جعلت العتق قبضاً فيجب أن لا يقع العتق إلا بعتق مجرد لأن الأول حصل به القبض، أي فلا يحصل مع القبض الخروج من اليد.

فقال: هذا غير ممتنع كما لو قال لغيره: أعتق عبدك عني ففعل فإن العتق يقع عن السائل، ويحصل به القبض والعتق معاً.

فقال له السائل عن الموضوعين: اسأل - فقال: العتق إتلاف. فيجوز أن يحصل به الأمران معاً كما إذا قتل العبد المبيع في يد البائع.

قلت والحاصل أن القبض يقع ضمناً كما قلنا في المبيع زمن الخيار فكان امتناع تضمن الشيء والخروج والدخول ليس على الإطلاق. بل في الخروج والدخول المقصودين دون ما إذا كان أحدهما ضمنياً.

ومنها: قال الإمام «في النهاية» في باب ما على الأولياء إذا ثبت حق التزوج لعصبات النسب فقد سمى الأصحاب ذلك ولاية ثم توقف الإمام في الأخ، لأنه لا يزوج أخته البالغة قهراً، وحكى تردد الأصحاب في أنا هل نسمي الأخ ولياً لأخته الصغيرة؟

فمن ناف، لأنه لا يملك تزويجها، ومن مثبت لأن لا يستحيل أن يصير ولياً بعد البلوغ، إذ البلوغ قد يؤثر في قطع الولايات ويستحيل أن يؤثر في إفادتها. انتهى ملخصاً.

ونقله ابن الرفعة في باب الوكالة في الكلام على التوكيل ببيع عبد سيملكه - على غير وجهه - ومحل غرضنا منه أن البلوغ لا يصلح لإثبات الولاية، لأنه صالح لانتفائها.

ومنها: أن اليمين الواحدة لا تصلح لإثبات ما يدعيه ونفى ما يدعى عليه ولهذا قاعدة نخصه بذكرها - إن شاء الله تعالى - في الدعوى والبينات في أن اليمين لا تصلح في الجلب والدفع مع نظائرها.

---

(١) شبيب بن عثمان بن صالح الفقيه أبو المعالي الرحبي من أهل رحبه الشام وهو من تلامذة أبي منصور ابن أخي صاحب الشامل. انظر الطبقات الكبرى ص ٧، ص ٩.

ومنها: أنه لا يتخذ القابض والمقبض، وأمثاله، وستأتي إن شاء الله تعالى في قواعد البيع.

ومنها: جزم جماعة من الأصحاب بأنه إذا ادعى عليه بألف فقال قبضته أنه يكون مقراً مع حكايتهم قولين فيما إذا قال: له عليّ ألف قضيتها، وتكلف ابن الرفعة الفرق بأن قضيته لفظ واحد تضمن الإقرار والبراءة والشيء الواحد لا يستعمل في الشيء وضده لغة وعرفاً وشرعاً، فأبلغناه فيما له دون ما عليه.

وقوله: له عليّ ألف قضيتها لفظان يقتضي أحدهما الشغل والآخر البراءة وذلك ينتظم لفظاً وإن امتنع شرعاً وعقلاً فلا جرم. خرج على قولين. قال الشيخ الإمام رحمه الله: ولو قيل بالعكس لم يبعد لأن قوله له عليّ ألف قبضتها يقتضي كونها في الحال عليه وأنه قضاها، بخلاف قضيته فإن مضمونه الإقرار بدين سابق، فهو مثل كان له عليّ ألف.

وقد صحح النووي في مثل كان له عليّ [ألف][1] أنه ليس بإقرار فلم لا يكون هنا. كذلك قال: فينبغي أن يكون الصحيح في قضيته أنه غير إقرار.

قاعدة: ذكرها الشيخ الإمام في باب الحيض من «شرح المنهاج» وفي باب استقبال القبلة.

النظر[2] إلى الظاهر أو إلى ما في نفس الامر؟ وهذه العبارة فيها خلل، فإن نفس الأمر منظور قطعاً، يعني أنه لا بد منه. إنما النظر في إن ظن خلافه هل يؤثر في اندفاع حكمه؛ فالأولى أن يعبر أن الظن ـ غير المطابق ـ هل يؤثر؟ وفيه خلاف في مسائل:

منها: وهي أم الباب ـ إذا باع مال أبيه على ظن أنه حي فإذا هو ميت فالأظهر الصحة.

ومنها: ويجري الخلاف فيما لو باع العبد على ظن أنه آبق أو مكاتب فبان أنه قد رجع مع الكتابة.

ومنها: زوج أمة أبيه على ظن أنه حي فبان ميتاً ففي صحة النكاح خلاف. وألحق الشيخ صدر الدين ابن المرحل بمسائل الباب إذا تزوج امرأة المفقود على ظن أنه حي ـ فإذا هو ميت، قال: فقولان، الأصح الصحة.

---

(١) سقط في ب.

(٢) في «ب» هل النظر.

قلت: وفيه نظر، فإن صورة مسألة القولين إذا لم يظن حياته. بل بعد مدة التربص ـ بناء على القديم ـ ثم بان أن المفقود كان ميتاً وقت الحكم بالفرقة ففي صحة النكاح على الجديد وجهان بناء على بيع مال الأب على ظن حياته.

أما إذا ظن أنه حي فلا قائل فيما أعلم ـ بصحة النكاح في صورة امرأة المفقود.

وإذا علمت أن صورة المسألة فيما ذكرناه فلا يصح تخريج البناء، لأن في بيع مال الأب على ظن الحياة عن المنافي حالة البيع وفي تزويج امرأة المفقود لم يظن للنافي في حالة العقد.

ومنها: لو رأى العسكر سواداً فظنوه عدواً فصلوا صلاة الخوف ثم بان غير عدو فأصح القولين وجوب القضاء.

ومنها: رأوا عدواً فخافوه، ثم بان أنه كان بينهم خندق فالأصح وجوب القضاء أيضاً.

ومنها: استباب المغصوب الذي لا يرجى برؤه ثم برىء فالأصح عدم الإجزاء.

ومنها: اشتبه عليه إناءان فتوضأ بما ظن طهارته منهما ثم تيقن أنه كان نجساً أو أخبره بذلك عدل لزمه الإعادة على أصح القولين.

ومنها: اشتباه القبلة كذلك ومنها: بأن إمامـــة امرأة أو كافراً ولو كفراً مختفياً على الأصح وجبت الإعادة.

ومنها: بان إمامه جنباً أو محدثاً أو ذا نجاسة خفية فلا تجب الإعادة لعدم الأمارة على ذلك.

ومنها: بان أمياً فهو كما إذا بان امرأة على الأصح.

ومنها:اقتدى بمن يظنه خنثى فبان رجلاً لم يسقط القضاء في الأظهر.

ومنها: وكل وكيلاً بشراء شيء ثم باعه ظاناً أن وكيله لم يشتره بعد وبان أنه كان قد اشتراه فالأصح في المسألتين الصحة، نظراً إلى ما في نفس الأمر كالأصح في غالب مسائل القاعدة وإنما خولف في مسألة الخنثى، لتردد النية.

ومنها: تزوج خنثى بامرأة فبان رجلاً لم يصح.

ومنها: تزوج المرأة من يشك في كونها محرمة عليه. لم يصح وعللوه بأن الأصل في الإيضاح الحرمة.

قال الشيخ الإمام: وهو يشكل بتزويج أمة أبيه.

ومنها: دفع المالك الزكاة لمن ظنه فقيراً فبان غنياً لم تجزه في الأظهر، بخلاف ما إذا كان الدافع الإمام فإنه يجزىء.

ومنها: إذا بان كون المدفوع إليه كافراً أو عبداً لم يجزىء أيضاً في الأصح.

ومنها: إذا أقام بينة أنه غارم، فأخذ من سهم الغارمين، ثم بان كذب الشهود ففي سقوط الفرض الخلاف.

ومنها: إذا فسد عقد الهدنة لم يجز اغتيال الكافرين، بل يجب إنذارهم لظنهم الصحة.

ومنها: وطىء زوجة أجنبي يظنها زوجته المملوكة فالأصح يلزمها الاعتداء بقرأين اعتباراً باعتقاده، وقيل: بواحد اعتباراً بما في نفس الأمر. وإن ظنها زوجته الحرة فهل يلزمها قرء أو قرأين أو ثلاثة؟ فيه أوجه أصحها الثالث.

ولو وطىء امرأة يظنها أمته قطع جماعة بثلاثة أقراء، لأن الظن يؤثر في الاحتياط دون المساهلة.

وأجرى المتولي الوجهين: إن اعتبرنا حالها فثلاثة أقراء، أو ظنه فقرء ولو ظنها زوجته المملوكة فطرد فيه الوجهين: هل قرءان لظنه أو ثلاثة؟ والأشبه إلى ظنه، لأن العدة لحقه.

ومنها: زوجه أبوه ـ وهو لا يدري ـ أو ظن أن زوجته أجنبية فخاطبها بالطلاق فالمشهور المنصوص وقوع الطلاق. ظاهراً، وفي نفوذه باطناً وجهان بناهما المتولي على الإبراء عن المجهول، وللغزالي احتمال أنه لا يقع ظاهراً لأن من لا يعرف الزوجية لا يقصد إلى قطعها.

ومنها: لو عامل المأذون من علم رقه ولم يعلم كونه مأذوناً ثم بان أنه مأذون قال الرافعي: فهو ملحق عند الأئمة ببيع مال الميت على ظن الحياة قال ويقرب منه وجهان ـ حكاهما الحليمي ـ فيما إذا كذب مدعي الوكالة ثم عامله فظهر صدقه في دعوى الوكالة.

ومنها: إذا قال لمن عليه ألف درهم: أبرأتك منها ثم قال: لم أعلم.

ومنها: المستحاضة إذا عاد الدم على خلاف ما اعتادته من طول زمن الانقطاع طولاً يسع وضوءاً و صلاة فلا يجب إعادة الوضوء في الأصح اعتباراً بما في نفس الأمر.

ومنها: قال الرافعي في فروع الطلاق: ولو خيرها وهي لا تشعر فاختارت نفسها قال إسماعيل البوشنجي: يخرج على بيع مال الأب على ظن الحياة.

ومنها: إذا قال الغاصب للمالك: أعتق هذا العبد فأعتقه ظناً أنه ملك للغاصب، فالصحيح النفوذ نظراً إلى ما في نفس الأمر.

ومنها: إذا اعتق أمته بشرط أن تتزوج به فمنهم من بناه، على بيع مال الأب المظنون الحياة.

ومنها: قال في الوسيط في نكاح المشركات: لو أسلم ونكح أخت المتخلفة وأصرت المتخلفة انبنى صحة النكاح على القولين بمن باع مال أبيه على ظن الحياة.

ومنها: ارتكب كبيرة في ذهنهما لو وطىء زوجته يظنها أجنبية قال الشيخ عز الدين: يجري عليه أحكام الفاسقين، لجرأته، ولا يعذب تعذيب زان.

ومنها: كان ينفق على ظن الحمل ثم بان أنه لا حمل فله الاسترداد لأنه سلم عن جهة الواجب وقد تبين خلاله فأشبه ما إذا ظن أن عليه ديناً فأداه ثم بان خلافه، وما إذا أنفق على أبيه على ظن إعساره فبان يساره وعن القاضي الحسين أنه احتج لذلك بما روي: «أن أبي بن كعب - رضي الله عنه - علم رجلاً القرآن أو شيئاً منه فأهدى له شيئاً فقال له النبي ﷺ: إن أخذتها أخذت قوساً من النار[1]».

وقال: إن ذلك الرجل ظن وجوب الأجر عليه من غير شرط وكان معطي القوس على ظن أنه يعطي الواجب عليه فمنع النبي ﷺ عن أخذه.

ومنها: قال الرافعي في باب الكتابة فيما إذا أوصى برقبة المكاتب كتابة فاسدة وهو يظن أن الكتابة صحيحة أن في الوصية قولين:

أحدهما: لا يصح، لأنه أوصى، وعنده أن ما يأتي به لغو.

والثاني: يصح به اعتباراً بحقيقة الحال، وهو أشبه عند المزني.

ثم قال: ولو باع المكاتب كتابة فاسدة أو المبيع بيعاً فاسداً أووهب أو رهن وهو

---

(١) أخرجه ابن ماجة في السنن ٢ / ٧٣٠ في كتاب التجارات / باب الأجر على تعليم القرآن من حديث (٢١٥٨) وقال البوصيري في الزوائد إسناده مضطرب قاله الذهبي في الميزان في ترجمة عبد الرحمن بن سلم وقال العلاء في المراسيل عطيه بن قيس الكلاعي عن أبي بن كعب مرسل.

جاهل بالفساد فطريقان أحدهما: طرد القولين، والثاني: القطع بالفساد بخلاف الوصية فإنها تحتمل من الخطر ما لا يحتمله البيع والرهن.

انتهى ملخصاً، وخرج منه أن الوصية بالمكاتب كتابة صحيحة باطلة على القولين والأمر كذلك على الجديد.

أما القديم الذي يجوز بيع الكتب فإنه يجوز الوصية به وقد قدمه الرافعي قبل هذا ـ كما قلنا ـ وقال: الجديد إنها باطلة كما لو أوصى بعبد الغير وفي تسويته بين البيع والوصية نظر، إذ لا يلزم من منع البيع منع الوصية. وفي تسويته ـ أيضاً ـ بين الوصية بالمكاتب والوصية بعبد الغير ولا ملك له عليه ـ منع الوصية بالمكاتب وهو يملكه.

وقد تقدم ـ في باب الوصية في الركن الثالث في الموصى به ـ أنا إذا منعنا بيع المكاتب فالوصية به كالوصية بمال الغير.

ونقله عن التتمة قال: وإذا أوصى بمال الغير فقال: أوصيت بهذا العبد ـ وهو ملك لغيره ـ أو بهذا العبد ـ إن ملكه ـ فوجهان: الصحة، لأن الوصية بالمعدوم جائزة فبغير المملوك أولى، والثاني الفساد، لأن مالكه يتمكن من الوصية به والشيء الواحد لا يجوز أن يكون محلاً لتصرف شخصين. قال النووي: قلت الأولى أفقه وأجرى على قواعد الباب. فتبين بهذا أن الوصية بمال الغير على ما ظهر من الكتابة ومن الفوائد أن قضية كلام الرافعي في باب الكتابة الفرق بين الوصية بعبد الغير فتبطل، وبين قوله: إن ملكت عبد فلان فقد أوصيته به فإنه صحيح على الراجح، وفي باب الوصية ـ كما رأيت جعلهما على حد واحد.

فصل

فيمن أخطأ الطريق وأصاب المطروق، وبعبارة أخرى فيمن هجم فتبين أنه فعل الصواب هل يكون خطؤه في الطريق حيث هجم موجباً لتغيير حكم المطروق؟ إذا كان من حقه أن لا يأتيه إلا من حيث أمر ولا يضر ذلك فيه صور.

اشتبه ماء طاهر بنجس فالمذهب وجوب الاجتهاد فلو هجم بلا اجتهاد وتوضأ بأحدهما لم يصح وضوءه ولا صلاته فإن بان أنه توضأ بالطاهر قال الشيخ أبو إسحاق: لا يصح لكونه متلاعباً، وخالفه ابن الصباغ.

ومنها: صلى شاكاً في دخول الوقت ـ بغير اجتهاد فوافقه لم يصح، وللغزالي في المسألتين كلام طويل ذكره شبيب الرحبي.

قاعدة: قال الشافعي رضي الله عنه: «الظن ملغى إلا ما قام الدليل على إعماله» وقال مالك رضي الله عنه: «معمول به إلا ما قام الدليل على إهماله».

كذا نقلت هذه القاعدة عن شيخ الإسلام. عز الدين بن عبد السلام رحمه الله.

قال الشيخ الإمام الوالد ـ رحمه الله ـ في كتاب «الطوالع المشرقة»، ويثبت ذلك عندي ـ عنه، إلا أنه يمكن أخذه من اختلاف الشافعي ومالك في المصالح المرسلة.

قلت: وكان الشيخ الإمام يرتضي هذه العبارة ويحرر عنها عبارة أخرى فيقول: «الأصل عدم العمل إلا ما قام الدليل على إعماله «وقيل»: الأصل العمل إلا ما قام الدليل على إلغائه.

وفي القاعدة مسائل:

منها: الصحيح ـ عندنا أنه لا يكفي ظن الطهارة عند اشتباه الإناء الطاهر بالنجس، بل لا بد من اجتهاد وظهور علامة.

ومنها: أنه لا يقبل قول الصبي المميز ـ وإن أثار ظناً ـ إذ لا انضباط لهذا الظن.

ومنها: في زيادة الروضة في الاستنجاء لو غلب على ظنه زوال النجاسة ثم شم من يده ريحاً فالأصح لا يدل على بقاء النجاسة في المحل كما هي في اليد.

ومنها: إذا جاء من يدعي اللقطة ـ ووصفها وظن الملتقط صدقه لم يجب الدفع إليه على المذهب بل يجوز، وقيل: يجب.

وأمثلته كثيرة، وحاصلة أن مجرد الظن إن لم يقصد بشاهد شرعي لا يعتبر، لأن الأصل إلغاؤه، ومن تأمل الكتاب والسنة وجد فيهما الكثير مما يدل على ذم العمل بمجرد الظنون.

خالفناه فيما تأكد بدليل، كوطء الرجل المرأة إذا زفت إليه يظنها زوجته، والأكل من المنحور والمشعر في الفلاة ودخول الأزقة والدروب المشتركة يظن رضاء أهلها، وما هذا شأنه يعتبر الظن فيه لقيام الدليل عليه ومن ثم مسائل اختلف فيها:

منها: السقط إذا لم تتيقن حياته ولكن دلت عليها أمارة ـ من اختلاج ونحوه ـ

يصلى عليه في أصح القولين لأن الاختلاج أمارة الحياة فأشبه الصراخ.

والقول الآخر لا يصلى عليه لعدم التيقن، وعدم اعتضاد هذا بأصل.

قاعدة: ما ربط به الشارع حكماً فعمد المكلف إلى استعجاله لينال ذلك الحكم فهل يفوت عليه معاملة له بنقيض مقصوده أو لا لوجود الأمر الذي علق الشارع الحكم عليه؟

وهذه القاعدة هي التي يسميها من لا تحقيق عنده «المعاملة بنقيض المقصود»، ويأخذ ذلك كلاماً عاماً.

وتحريره عندي أن يقال: إن كان الذي ربط الشارع به الحكم أمراً يتطلب إيقاعه فإذا فعل نال الحكم المرتب عليه ـ كالثواب الذي ربطه الشارع بالصلاة وغيرها من الأعمال حثاً على تلك، وهذا لا ينحصر، وضابطه: كل سبب شرع حثاً على فعل المسبب ـ كمضاعفة الأجر بالصلاة في مكة والمدينة والمسجد الأقصى وركعتي الفجر وغير ذلك ـ فالمسبب نصب باعثاً للمكلف على فعل السبب.

وينبغي أن ينظر هل من هذا القسم ما نصبه الشارع مسبباً ليبعث ويحمل على فعل المسبب وما نصبه إلا كذلك؟ فيكون هذا القسم على قسمين.

أحدهما: ما كان مسببه منصوباً ليبعث على سببه، وهو أبلغ من الثاني الذي هو غيره.

وإن لم يكن أمراً وطلب الشارع إيقاعه فإما أن ينهى عنه أو لا.

الأول: أن ينهى عنه فيعمد المكلف إلى ارتكابه لينال ما يترتب عليه الموت سبب لميراث الوارث المال، فيعمد الوارث إلى قتل مورثه لينال الميراث فهل حصل له ما يترتب على الموت؟ أو لم يعمد هذا موضع النظر. وتحقيقه أن يقال إن لم يختل بانتفاء ذلك الحكم المرتب عليه قاعدة من قواعد الشرع فينتفي ولا يحصل. وهنا يقال: عومل بخلاف مقصوده.

ومن ثم لا يرث القاتل، لأن انتفاء ميراث بعض الوارثين لا يهدم قاعدة مهدها الشارع، إذ رب قريبين لا يتوارثان لاشتباه حالهما بهدم أو غرق أو اختلاف دين أو غير ذلك. وإن اختلفت قاعدة فلا ينتفي، بل يبقى على حاله مستنداً إلى السبب الذي نصبه الشارع. وفي هذا مسائل:

منها: إذا باع نصاب الزكاة قبل الحول، فراراً من الزكاة فلا يجب، ولا يلزم وإيجاب الزكاة في مال لم يحل عليه الحول، أو في مال حال عليه الحول لا في ملكه فتختل قاعدة الزكاة.

ومنها: إذا طلق امرأته فراراً من ميراثها فيه فلا ترثه على الصحيح الجديد وإلا يلزم توريث بلا سبب ولا نسب.

فإن قلت قلنا قول إنها ترث لم يجر نظيره في الزكاة.

قلت: فرق بعض أصحابنا بأن المستحق في الزكاة غير معين. بخلاف الزوجة ونقض الفرق بأن مستحق الزكاة قد ينحصرون فيعينون. ورد النقض بأن انحصارهم عارض، والأصل عدمه.

قال ابن الصباغ: فإن قلت: فهل يأثم في هذا القسم.

قلت: قالوا في الزكاة يكره ولا يحرم، وللغزالي احتمال في تحريمه. ومنشأ ذلك أن الإقدام على الفعل ـ قبل انعقاده سبب لا يحرم، لأن الحكم لمن يرتبط به بعد، وإلا فيحرم، وفي الزكاة لم ينعقد السبب، لأنه المال مع الحول أو المال بشرط الحول، فلم يوجد السبب بتمامه لأن فقد شرطه يوجب فقده، وفي طلاق الغائر يحرم، لأن الزوجية هي السبب والموت شرط والمتوسط منهما فراره.

ومنها: إذا قتلت المستولدة سيدها فتعتق ولا تعامل بخلاف مقصودها. فلا تختل قاعدة أم الولد ـ تعتق بالموت ـ ويمكن الاستدلال على هذا بخصوصة قوله ﷺ «اعتقها ولدها» ويقال لم يعتقها السيد، بل الولد، فلم يكن القتل مانعاً، ولم يكن هذا من القسم الذي نحن فيه.

ومنها: إذا قتلت المدبرة سيدها. . .

ومنها: إذا دخل المسجد في وقت الكراهة ليصلي التحية صحح الرافعي كراهة صلاة التحية حينئذٍ، قالوا: كما لو أخر الفائتة ليقضيها في هذه الأوقات.

ورجح الشيخ الإمام أن الصلاة لا تكره، وإنما المكروه الدخول والتأخير لهذا الغرض فإن دخل أو أخر فلا يحكم على الصلاة ـ حينئذٍ ـ بالكراهة وما قاله هو الأرجح، وليس لما صحح الرافعي والنووي وجه إلا أن يكونا عاملاه بنقيض مقصوده حيث ارتكب المنهي ودخل ليصلي.

تنبيه: قال أبو جعفر الطحاوي الحنفي في كتاب مشكل الآثار أن المكاتب إذا كانت له قدرة على الأداء فتأخر ليتسع له النظر إلى سيدته بملكها إياه فحرام عليه، لأنه منع واجباً عليه ليبقى له ما يحرم عليه إذا أداه. ونقله عن الوالد رحمه الله في «شرح المنهاج»، عند الكلام في نظر العبد إلى سيدته وقال: إنه تخريج حسن لا يبعد من جهة الفقه.

وبنى عليه الطحاوي أن الأمة المكاتبة إذا قدرت على الأداء، فعليها أن تصلي بقناع - وأن تعتد عدة الحرة ولا تسافر إلا مع محرم، والعبد المكاتب لا زكاة عليه، فإذا أخر الأداء مع قدرته عليه كان حراماً عليه.

قال الوالد - رحمه الله - وبعض ما ذكره الطحاوي مردود وبعضه لا بأس به فإن تعبير الأحكام من إيجاب القناع على الأمة واعتدادها اعتداد الحرة يعتبر حكم الشرع.

وتحريم تأخير الأداء مع القدرة لا بأس به وإن كانت الكتابة جائزة من جهته لكنه قادر.

وتحريم نظره والنظر إليه. إما لأن ما قارب الشيء أعطي حكمه كما يقول أصحابنا- المشرف على الزوال كالزائل، وإما عقوبة له، وإما لأن في تمكينه من النظر إعانة له في تأخير الواجب فلا بأس بذلك.

قلت: وأما معاملة له بنقيض قصده، ولأجل هذا ذكرناه في هذه القاعدة المنقول من كلام الطحاوي هنا أنه يحرم عليه تأخير الأداء لأجل تفاحل النظر إلى سيدته وأنه يحرم عليه النظر معاملة له بنقيض قصده.

وأما الصلاة بقناع والاعتداد عدة الحرة فلا سبيل إليهما وهي أمة، ولا وجه له ولو تم ذلك لكان يلزمه أن يقول: إن المكاتب يعطي بمجرد القدرة على الأداء ثم يلزم بالأداء، لكنه لم يقل بذلك.

واعلم أن أصحابنا مختلفون في أنه هل للمكاتب أن يفسخ عقد الكتابة؟

فعلى القول بأن له الفسخ - وهو المرجح عندهم - قد يقال: إن فيه رداً على من حرم تأخير الأداء، أو يمكن الجواب بأن تأخير الأداء حرام. فإما أن يؤدي، وإما أن يعجز نفسه ويرتفع عقد الكتابة، وقد ذكرت هذا في «التوشيح».

قاعدة: مترددة في غضون كلام أكثر الأصحاب «إعمال الكلام أولى من إهماله»، واستشهد صاحب التتمة لها - في كتاب البيع في مسألة وهبتك بألف يقول الشافعي رضي الله عنه فيمن أوصى بطبل وله طبل حرب وطبل لهو: يحمل على طبل الحرب لتصح الوصية، وتبعه صاحب البحر في هذا الاستشهاد. وذكر ابن الرفعة في «المطلب في باب الوصية عند الكلام في الوصية للدابة أن الإمام حكى في كتاب الطلاق فيما إذا تردد اللفظ على وجه يحتمل الاستحالة ويحتمل إمكاناً أن من الأصحاب من لا يبعد الحمل على الاستحالة، ومنهم من يوجب الحمل على الإمكان حتى لا يلغى اللفظ، ومن هذا ما إذا قال لزوجته وأجنبية إحداكما طالق.

وأقول: محل القاعدة فيما إذا استوى الإعمال والإهمال بالنسبة في الكلام أو تقاربا، كمسألة الطبل، فإن الطبول بالنسبة إلى لفظ الطبل فيحمل على ما يصح سواء كان عنده النوعان من الطبول أو لم يكن عنده، فإن لم يكن عنده إلا طبل اللهو فالوصية باطلة، لأن قرينة كونه عنده يرشد إلى أنه الموصى به، فاضمحل هنا احتمال الإعمال.

ومن ثم نقول: أما إذا بعد عن اللفظ وصار بالنسبة إليه كاللغز فما الإعمال راجحاً وبين القرب والبعد الدرجات.

وبعد ما كتبت هذا وجدت نحوه في كلام الوالد رحمه الله في باب الوصية كلام على الوصية للدابة، فإنه ذكر بعدما حكى ما حكاه ابن الرفعة عن الإمام من الخلاف ما نصه: هذه القاعدة حيث يكون تردد اللفظ على السواء أو لا يكون على السواء ولكنه راجع إلى موضوع اللفظ مع احتمال قريب، أما إذا لم يكن للفظ إلا موضوع واحد واحتمال لا يحتمله إلا مكلف فالمصير إليه بعيد، والوقوف عند موضوع اللفظ واجب وإن كان مستحيلاً إذا لم يدل دليل على ذلك للمحتمل البعيد - انتهى.

فلله الحمد على أن وقع ذهني وفهمي على ما وقع عليه ذلك الحبر، وها أنا ذاكر مسائل: ما جزم فيها بالاعمال فلقربه، وما جزم به فيه بالإهمال فلبعد الإعمال وما تردد فلتردد النظر.

ومنها: أوصى بعود من عيدانه وله عيدان لهو غير صالحة لمباح وعيدان قسي وبناء فالأصح بطلان الوصية تنزيلاً على عيدان اللهو، لأن اسم العود عند الإطلاق له واستعماله في غيره مرجوح وليس كالطبل: لوقوعه على الجميع وقوعاً واحداً كذا فرق

الأصحاب، وعزوا المسألة إلى النص، والنص شهد لما قدمته.

ومنها: قال: زوجتك فاطمة ولم يقل بنتي لم يصح لكثرة الفواطم، وفيه وجه.

ومنها: قال: طلقت زينب ولم يقل زوجتي طلقت على المذهب، ويحتاج إلى الفرق بين النكاح والطلاق.

ومنها: إذا قال مشيراً لامرأته وأجنبية: إحداكما طالق ثم قال: أردت الأجنبية، ذهب الأكثرون إلى أنه يصدق وذهب بعضهم إلى أنه لا يصدق ويقع على امرأته، وقاسه على مسألة الطبل.

ومنها: ظاهر القاعدة أن الوكيل في الشيء إذا تصرف فإن كان الموكل فيه ما يصح فعله منه عن قبل نفسه وعن الوكالة ولم ينو الموكل أنه يحمل على التصرف عن نفسه ـ وإن لم يعلم نيته ـ حملنا الأمر على ذلك.

وإن كان لا يصح عن نفسه يحمل على أنه عن جهة الوكالة صوناً للتصرف عن الإلغاء وحملاً على الظاهر، فإن الظاهر من حال العاقل أنه إنما تصرف تصرفاً صحيحاً.

وهل يحتاج في نفاذ تصرفه إلى أن ينوي كونه عن موكله أو إنما يحتاج إلى عدم الصارف بمعنى أنه إن أطلق حمل على أنه عن الوكالة وإن نوى أنه عن غير الوكالة.

وحاصل هذا أنه هل يكون عن الوكالة إلا ان تصرف ذلك بنية أو لا يكون منها إلا أن ثبوته فيه خلاف؟

أقول هذا كله تفقهاً ويشهد له من المنقول ـ قول الأصحاب فيمن اشترى شيئاً ولم يتلفظ بالوكالة ولا نواها: أن الشراء يقع له لا للموكل. فإن قلت: قال الغزالي: وكيل الزوجة بالخلع إذا خالع ولم يتلفظ بالوكالة ولا نواها أنه يقع عن الوكالة.

قلت: اعترضه الرافعي وقال: القياس الظاهر أن من اشترى شيئاً ولم يتلفظ بالوكالة ولا نواها يقع الشراء له لا للموكل.

قال: وقد يفرق بين البابين بأن الأصل وقوع العقد لمن تحصل له فائدته ومنفعته والشراء تحصل فائدته لكل من يقع الشراء له ومباشر العقد أولى لحصول منفعة العقد له من غيره وفي الاختلاع تعود الفائدة والمنفعة إلى الزوجة وغيرها ببذل المال على سبيل الفداء، فكان صرف العقد إليها إذا أمكن أولى من صرفه إلى غيرها.

قلت: ثم المسألة يجب أن تقيد بما إذا كان الوكيل يمكنه أن يختلع عن نفسه وهو مطلق التصرف.

أما السفيه إذا وكلته ليختلعها من زوجها فخالع وأضاف الخلع إليها وقد قدم الرافعي قبل هذا الفرع عن التتمة أنه يصح إذ لا ضرر في ذلك عليه ولو فرض هنا أن الوكيل سفيه تعين أن يوقع تصرفه عنها أو يلغو، إذ لا سبيل إلى جعله عنه.

ونظير المسألة: لو وكل أحد الشريكين في الرقيق صاحبه في عتق نصيبه قال: أعتقت نصفك وأطلق فهل يتعين فيما هو ملكه أو فيما هو وكيل فيه؟ فيه وجهان.

قال النووي: لعل أقواهما الأول، فهذا ما يدل من كلام الأصحاب، على أن إسناد التصرف إلى نفسه ـ حيث يمكن ـ أولى، والتردد وقع فيه بين إعمال كل من الأمرين، ولا إهمال في الطرفين.

أما إذا دار بين الاعمال والإهمال ـ وهو ما قلنا: إنه لا يمكن وقوعه عن المباشر، وذلك كالطلاق يكون وكيلاً فيه عن الزوج، فيطلق ولا ينوي الطلاق وأنه عن الموكل. ففي الوقوع وجهان حكاهما الرافعي في فصل الكناية من الطلاق «قبل الفصل الثاني في الفعل والإشارة المفهمة، ثم أعاد حكايتهما في أثناء فروع الطلاق، وقال: الأقرب أنه لا يحتاج.

قلت: وهو الأرجح، وهو إذا أطلق أما إذا نوى وقال: نويت الطلاق عن نفسي فيكون لغواً، لا عن موكلي فيحتمل أن يقال: تسمع بينته هذه ولا يقع الطلاق، ويدل له ما في الرافعي قبل باب الديات عن فتاوى صاحب التهذيب أن الوكيل باستيفاء القصاص إذا قال: قبلته بشهوة نفسي عن جهة الموكل يلزمه القصاص.

ويحتمل أن يقال: لا يسمع منه لمخالفته للظاهر، ولأن اعمال الكلام أولى من إهماله، وليس كمسألة القصاص، فإن قول الإنسان على نفسه مقبول وما فعله من القتل معتبر على كلا التقديرين، فإنه إن كان عن الوكالة كان استيفاء معتبراً وإلا كان فعلاً موجباً للقود فلم يكن ملغى بخلاف الطلاق، فإنه إذا لم يكن عن الوكالة كان لغواً بالكلية لا سيما على قول من لا يوقف العقود وهو الصحيح.

ويحتمل أن يفصل ـ وهو الأقرب ـ فيقال: إن كانت قرينة على نية الصرف تباعد

دعواه، كما لو أكره على طلاق من هو وكيل في طلاقها فطلق وقال: إنما نويت التصرف عن نفسي والخلاص عن غائلة الإكراه فيسمع منه، وإلا فلا ويدل على ذلك احتمالان حكاهما الرافعي عن أبي العباس الروياني في الوكيل بالطلاق يكره عليه، هل يقع لحصول اختيار المالك؟ أو لا يقع لأنه المباشر؟ قال أبو العباس: وهو أصح، قلت: وينبغي أن يكون محلهما عند الإطلاق.

أما إذا نوى التصرف عن نفسه فقد يقال بالجزم بعد الوقوع لما ذكرناه لا سيما إذا فرعنا على أنه لا بد عند الإطلاق من نية التصرف عن الوكيل. وأما إذا نوى التصرف عن الموكل فينبغي أن يجري فيه الخلاف المذكور في المكره على الإطلاق إذا نواه هل يقع؟ وهو الأصح، لأن النية دفعت الإكراه أولاً، لأنه لا أثر لها. مع لفظ صادر عن الإكراه.

ثم هذا كله إذا دار الأمر بين الإلغاء بالكلية والاعمال فإن دار بين الاعمال ـ بالكلية ـ والإلغاء لا مطلقاً لكن بالنسبة إلى البعض كأحد الشريكين في العبد المشترك يقول: أعتقت نصف هذا العبد، وليس هو بوكيل لصاحبه.

فهذا تصرف دار بين أن يحمل على نصيبه فيعمل بتمامه أو على الإشاعة فيبطل في حصة شريكه ويصح في حصته، فلا يعتق إلا ربع الأصل. وفي المسألة وجهان: أصحهما الثاني لا إطلاق اللفظ وهو المعزو في الروضة قبل باب المتعة إلى الأكثرين، وقد يستشهد له بقول الأصحاب في باب المساقاة في حديقة بين اثنين مناصفة. ساقى أحدهما صاحبه وشرط له ثلثي الثمار أنه يصح.

قالوا: وإن شرط له ثلثها، أو نصفها لم يصح، لأنه لم يثبت له عوضاً بالمساقاة، فإنه يستحق النصف بالملك.

فصل

إذا عرفت أن الإعمال مقدم على الإهمال عند الإمكان لم يخف عليك بعده أنه إذا تعذر إعمال لفظ دار الأمر فيه بين طرحه وإلغائه وبين حمله على معنى صحيح أن حمله على الصحيح أولى.

وهذه قاعدة مستقلة تلقب بأنه: «هل الاعتبار بألفاظ العقود أو بمعانيها؟».

وهذه القاعدة متعددة الفروع غير منصوصة لصاحب المذهب، رضي الله عنه ـ لا يعرف فيها نص صريح، ولكن دل نصه في باب الخيار في السلف في مسألة اشتريت منك ثوباً صفته كذا بهذه الدراهم على اعتبار المعنى وكذلك قال في أول باب الشفعة من «الأم» إذا كانت الهبة على ثـوب معلوم وهو بالمبيع أشبه ، لأن البيـع لم يعطه إلا بالعوض، وهكذا هذا لم يعطه إلا بالعوض.

وأنا منبهك في هذه القاعدة على أمور.

أحدها: إنها مخصوصة بالعقود فيما يظهر من كـلام كثير من الأصحـاب منهم الإمام الغزالي، وصاحبا التتمة والبحر والرافعي.

وكلام من أطلق ـ أنه هل العبرة باللفظ أو بالمعنى ـ محمول على من قيد بالعقود، وسيظهر لك عند عد الفروع كيف خرج قوم على هـذا الضابط وليس لهم هـذا، فإن المذهب نقل ولم ينقل الخلاف إلا في العقود.

الأمر الثاني: أن محلها ما إذا تعذر العمل باللفظ، أما إذا لم يتعذر فلا شك في اعتباره، ومن ثم أقول قد يقال: إنها ليست فرعاً للقاعدة السابقة في أن الإعمال أولى من الإهمال، لأن تلك في إعمال لفظ أمكن حمله على أحد محامله وإن بعدت، وهذه في الخروج عن اللفظ بالكلية إلى معنى آخر والأقرب أنها هي فإن المعنى الذي يحمل عليه فلا بد أن يكون بينه وبينه علاقة وإلاَّ فكيف يحمل على ناءٍ عنه بالكلية:

وقد قدمنا أن مثل هذا يصير بالنسبة إلى اللفظ ـ بالكلية ـ كاللغز، فلا يعتبر وقد قدمنا كلام الشيخ الإمام الوالد رحمه الله في ذلك.

الأمر الثالث: لم أر من بسط القول في مفتاح هذه القاعدة أكثر من صاحب التتمة وتبعه صاحب البحر، وهو كثير الاتباع له فيما لا نجده في الحاوي.

وملخص ما ذكرناه في مسألة «وهبت منك بألف» خلاف في أن الاعتبار بظواهر اللفظ أو بمعانيها.

وأراد بالظواهر الألفاظ، واستدل باعتبار اللفظ بأنه الموضوع لإعادة المعنى الذي يفهم منه عند الإطلاق، ولهذا إذا أراد الطلاق بالظهار وعكسه لا تعتبر إرادته ويحمل اللفظ على بابه، قالا: واعتبار المعنى عدول عن مقصود اللفظ، ولفظ اللغة لا يعدل به

عن موضوعه، فكذلك لفظ العقود، قالا: والعقود تفسد بشرط مفسد فما ظنك بتغيير مقتضاها.

واحتجا لاعتبار المعنى، بما روي عن أبي الدرداء أنه قال في الهبة شرط العوض هو دين علـــى صاحبه فـــي محياه ومماتـــه وبأن ظاهر الأمر الوجوب، ثم إذا تعذر حمله على الاستحباب ونحوه فكذلك ظاهر الكلام إذا تعذر حمله على الصحيح حمل على المعنى تصحيحاً له. واطالا في ذلك ومنازعتهما ممكنة في كثير مما ذكرناه، غير أنا لسنا لها الآن.

الأمر الرابع:

في أنه هل الأرجح اعتبار اللفظ أو المعنى أو لا يطلق ترجيح. ولقد اضطربت الفروع في ذلك، وحاول الرافعي في باب الإجارة ضبطها ـ بعد اعترافه بتنوعها ـ بطريق تقارب الطريق التي ذكرتها في باب الإعمال والإهمال، فقال فإن اختل اللفظ أهمل، وذلك كالشراء بلفظ السلم، فإن تمام معنى السلم لا يوجد في الشراء لأنه أخص منه، ولا يؤخذ الأخص في الأعم، وكذلك أن يرفع آخر اللفظ أوله مثل بعتك بلا ثمن وإن انتظم مثل: أن يكون المعنى الأصلي مشتركاً بين خاصين يشتهر في أحدهما مع كونه مستعملاً في الآخر كالسلم بلفظ الشراء، فإن المعنى الأصلي للشراء موجود بتمامه في السلم إلا أنه اشتهر في شراء الأعيان، فهنا يعتبر المعنى.

وقريب من كلام الرافعي قول ابن الرفعة بعـدما ذكر اختلاف الصحيح في مسائل القاعدة، أن ينظر إلى اللفظ عند بعد المعنى، وإلى المعنى عند قربه.

ولعل هذا الكلام أقرب من كلام الرافعي، فإن الطريق التي حـاولها بعيـد أن تستقيم له في كل الفروع.

أما قوله: في بعتك بلا ثمن رفعاً لأول اللفظ مناقشة يمكن أن يقال إن هذا غير منتظم بالكلية، لأن بعتك بمجرده لا يقتضي شيئاً حتى يذكر الثمن، فإذا نفاه لم يرد النفي على شيء لولا وروده لثبت. فلا يكون كتعقيب الإقرار بما يرفعه.

الأمر الخامس: في تعديد فروعها.

فمنها: المسألة التي جعلها صاحب التتمة والبحر أم الباب: إذا وهب بشـرط

الثواب فهل يبطل لتناقضه؟ أو يصح ويكون هبة اعتباراً باللفظ؟ أو بيعاً اعتباراً بالمعنى؟ الأصح الثالث.

وعبر صاحب التتمة والبحر عن المسألة بأن يقول: وهبتك بألف أو هذا لك بألف.

فأما وهبتك بألف فظاهر وأما هذا لك بألف فلم أجده في غير كلامهما والذي يظهر أن هذا لا تعارض فيه بين اللفظ والمعنى، فإن لفظ هذا لك صالح لأن يكون بطريق البيع كصلاحيته لأن يكون بالهبة وقوله بعده: «بألف» صريح في معنى البيع.

فالذي يظهر القطع بأن هذا بيع، غير أن لفظه هذا يحتمل أن يكون كناية في البيع، فلا يطرق هذا خلاف في كونه بيعاً إلا من قبل الخلاف في انعقاده بالكنايات.

ومنها بعتك بلا ثمن أو لا ثمن لي عليك، فقال: اشتريت وقبضه فليس بيعاً، وفي انعقاده هبة قولاً تعارض اللفظ والمعنى، وفي كونه مضموناً على القابض وجهان ذكره الرافعي في باب السلم وحذف الوالد رحمه الله في «شرح المنهاج» صورة ولا ثمن لي عليك.

قلت: ويظهر أن التهافت في بلا ثمن أقوى منه في ولا ثمن لي عليك، فإن جعل في الأولى عدم الثمن عوضاً، وعدم الثمن لا يكون عوضاً، بخلاف ولا ثمن لي عليك، فإن غايته نفي الثمن لا جعل النفي عوضاً.

ولو قال قائل: هذا الجار والمجرور وحده تهافت، لا قضية أن عدم الثمن ثمن، لم يبعد.

واقتصر الإمام في «النهاية» قبيل كتاب السلم على تصوير المسألة بأن يقول: على أن لا ثمن لي عليك.

وهذه صيغة ثالثة يظهر أنها بين الصيغتين، فهي فوق قوله: ولا ثمن لي عليك، للتصريح باشتراط نفي الثمن ودون بلا ثمن، لما في تلك من جعل عدم الثمن ثمناً.

ولك هنا أن تبحث عن أن المفسد في قولنا: بلا ثمن هل هو نفي الثمن أو عدم ذكره؟

وبأرشق من هذه العبارة هل عدم ذكر الثمن أو ذكر عدم الثمن بحثاً ينبني عليه الفروع عقيبه؟

ومنها: إذا قال: بعتك ولم يتعرض للثمن بنفي ولا إثبات، فيظهر.
إن قلنا: المفسدة ـ في الفروع قبله ـ عدم الثمن [لأن] الفساد فيه وفي هذا سواء.

وإن قلنا: المفسد جعل العدم ثمناً، ففساد هذا دون فساد ذاك، مع اشتراك الكل في الفساد.

فإن قلت: لا ضرورة لي ـ مع اشتراكهما في الفساد ـ إلى هذا التدقيق لانتفاء الجدوى فيه.

قلت: له فائدة، فإنا إن قلنا: هما في الفساد سواء، فيظهر أن يتخرج في كونه هبة الخلاف الأول بعينه، وبذلك صرح صاحب التتمة فقال: إذا بعتك ـ ولم يذكر ثمناً ـ فإن راعينا المعنى انعقد هبة، وإن راعينا اللفظ فهو بيع فاسد، ويظهر أن يجري الخلاف فيه في الضمان كما يجري في الأول وإن قلنا: الأول أفسد ونعني بكونه أفسد أن انتفاء صفة البيع عنه أوضح، وثبوت الهبة أولى.

وهذه طريقة الإمام في «النهاية» وتبعه الرافعي فقال ـ بعدما حكى في بعتك بلا ثمن هل يكون هبة؟ قولين، وهل يكون مضموناً؟ وجهين:
ما نصه: ولو قال بعت هذا ـ ولم يتعرض للثمن أصلاً ـ لم يكن ذلك تمليكاً، والمقبوض مضمون، ومنهم من طرد فيه الوجهين. انتهى.

وصرح الإمام ـ في النهاية ـ بالاتفاق على أنه لا يكون تمليكاً. إذا عرفت هذا فلا خلاف عندهما في أن عدم التعرض للثمن لا يقتضي تمليكاً كما لا يقتضي بيعاً، بخلاف نفيه.

وبهذا يعلم أن قول النووي في «الروضة» في بعتك ـ مجرداً ـ ليس تمليكاً على المذهب ـ مستدرك ـ فإنه إن أشار بقوله: إلى خلاف فليس الخلاف في الرافعي، ولا تقتضيه طريقته، لأنها تقتضي التفرقة بين بعتك ـ المطلق ـ وبعتك المقيد بنفي الثمن.

وأما صاحب التتمة فحكى الخلاف لما اقتضته طريقته من استواء الصورتين.
والفرق يؤخذ مما ذكره الإمام من أنه إذا نفى الثمن فقد رضي بحظه، وهذه قرينة الهبة، ومن ثم جرى الوجهان في أنه هل يكون مضموناً على قابضه.

فمن قائل بالضمان، لأنه في حكم بيع فاسد، ومن قائل بعدمه ووجهه الإمام بأن

البائع رضي بحظه وبنى الأمر عليه ،فصار القبض قبض وديعة ولم يجزما على الصحيح عند الإمام والرافعي وغيرهما فيما إذا سكت عن الثمن بل كان الصحيح أنه كان مضموناً.

وقد بان لك بهذا فائدة التردد في أن الفساد هل هو مستمد من عدم ذكر الثمن أو من ذكر عدم الثمن لبناء الضمان عليه.

ويمكن أن يقال: بعتك بلا ثمن لا انعقاد له في البياعات أصلاً، وإنما هو متردد بين الهبة واللغو. ومن ثم لا يضمن على قابضه، وإلى ذلك الإشارة بقول الإمام، لأنه في حكم بيع فاسد ولم يقل انه بيع فاسد.

وأما بعتك إذا تجرد عن الثمن فينعقد بيعاً فاسداً ومن ثم يكون مضموناً. وبهذا يظهر لك أن جانب الهبة في بعتك بلا ثمن أرجح منه في بعتك المجرد عن ذكر الثمن لأن قوله بلا ثمن قرينة أنه يجوز بلفظه بعتك عن ملكتك، خلاف بعتك مجرداً، فإنه لا قرينة [تصحبه](1).

نعم: قد يقال بعتك بلا ثمن حاصله الهبة بشرط الثواب، فيتخرج فساده وإن كان هبة أيضاً ـ على طريقة من يقول إن الهبة إذا بقي فيها الثواب تفسد بناء على أن مطلقها [يقتضيه](2) وإن شرط انتفائه شرط ينافي مقتضى العقد، لكن المذهب خلافه.

وهنا بحث لم يبرح يختلج في ذهني، وهو أن المقتضى للملك في قولنا بعتك بدرهم صيغة الإيجاب مع ذكر الثمن فيكونان [جزء علة](3).

وهذا يرشد إليه عد الأصحاب الثمن ركناً أو صيغة الإيجاب وحدها ـ والثمن شرط ـ وهذا أقرب عندي.

ويتخرج على هذا أن السكوت عن ذكـــر الثمن يكون على الأول مقتضياً للإبطال وأن الكلام لغو، وعلى الثاني يكون فاقـــد شرط، فيمكن أن يقال: إنه بيع فاسد ويفرق هنا بين الفاسد والباطل كما يفرق بين الخلع والكتابة ونحوهما.

وقد يتخرج عليه أيضاً ـ على الأول ـ أن بلا ثمن رافع، لأن المقتضى بعتك ـ بمجردها ـ لا الثمن، إذ الثمن شرط لا شطر، فيجيء ما قاله الرافعي، وإن قلنا: إنه ركن

---

(١) في «ب» لصحته.   (٢) في «ب» تقتضيه.   (٣) في «ب» جرى عليه.

فليس برافع، إذ لم يوجد شيء حتى يرتفع بنفي الثمن.

وقد يتخرج عليه أيضاً فرع لم أجده منقولاً، وهو ما إذا قال المشتري: قبلت عقب قول البائع: بعتك مع قوله بدرهم.

فإن قلنا: الثمن ركن فلا يصح، لأن الشرط في القبول أن يكون عقب الإيجاب ولا يتم الإيجاب إلا بذكر الثمن.

وإن قلنا: شرط، فيحتمل أن يقال: بالصحة، لأن القبول وجد بعد تمام الإيجاب، ولا يضر مقارنة القبول للشرط.

وقد يتخرج عليه أيضاً الفرع المنقول عن صاحب الذخائر فيما إذا تلفظا بالثمن ولكن نويا أن يحتمل.

قلت:

ومنها: مسألة الاستيجاب إذا قال: بعني، فقال بعتك، فالصحيح الصحة، لأن الطلب والاستدعاء مثل صريح اللفظ والبطلان يخرج من اعتبار اللفظ دون المعنى، كذا قال صاحب التتمة، قال: فإن اللفظ الموضوع للعقد لم يوجد، قلت: وفيه نظر.

ومنها: إذا قال: بعتك إن شئت صح نظراً إلى المعنى، فإنه لو لم يشأ لم يشتر، وقيل: يبطل، للفظ التعليق.

ومنها: قال القاضي أبو سعد الهروي في «الإشراف»، لو قال بعتك هذه الدار على أن لك نصفها صح كما لو قال: إلا نصفها، لأن التخصيص كالاستثناء. نقول: جاءني القوم وما جاءني زيد كما تقول: إلا زيداً.

وقال محمد بن الحسن[1]: لا يصح لأنه قابل الدار بجميع الثمن على أن له نصفها، ففيه تناقض.

قال القاضي أبو سعد: هذا محتمل.

---

(١) أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني مولى لبني شيبان مات بالري سنة سبع وثمانين ومائة وهو ابن ثمان وخمسين سنة حضر مجلس أبي حنيفة سنتين ثم تفقه على أبي يوسف وصنف الكتب الكثيرة ونشر علم أبي حنيفة قال الشافعي رحمه الله حملت من علم محمد وقر بعير وقال أيضاً ما رأيت أحداً يسأل مسألة فيها نظر إلا وتبينت في وجهه الكراهة إلا محمد بن الحسن الشيرازي ص ١٣٥، الجواهر المضيئة ٢ / ٤٢، ابن خلكان ٣ / ٣٢٤، العبر ١ / ٣٠٢.

قلت: كان الأول ينظر إلى المعنى، فإنه نزل صيغة الشرط ـ وهي قوله على أن لك نصفها ـ بمنزلة الاستثناء لاشتراكهما في أن كلاً منهما تخصيص. والثاني ينظر إلى اللفظ.

واعلم أني وجدت في غير نسخة ـ كما رأيت على أن لك نصفها، ولك أن تقول قوله: على أن لك نصفها لا يقتضي تخصيصاً، وإنما هو ذكر لبعض أفراد الجملة، فهو كذكر بعض أفراد العام وذلك لأنه إذا كانت للمشتري كلها فقد كان له نصفها، فلا يقتضي هذا تبقية النصف للبائع إلا على القول بمفهوم اللقب والاعتبار به، ألا ترى أنهم قالوا في باب العتق إذا قال لعبديه: إذا جاء الغد وأحدكما في ملكي فهو حر فجاء الغد وهما في ملكه عتق أحدهما.

مع أن مفهوم أحدكما أن يكون هو بمفرده ولم ينظر إليه وهذا أوضح من أن يستشهد عليه.

وقوله: «إنه بمنزلة الاستثناء» يقتضي أنه يبقى للبائع التصرف فلعل الصيغة على أن لي نصفها.

وكذلك نقله الوالد في أوائل البيع من «شرح المنهاج» عن القاضي أبي سعد مع أن إحدى النسخ التي وقفت عليها من الإشراف هي نسخة والدي ولم أقل فيها إلا ما نقلت، ولعل الشيخ الإمام حرر النقل عنه فليكن الأمر على ما نقله ، هو ويحمل أمر ما وقفت عليه من النسخ على غلط الناسخ.

وبالجملة: يشهد للصحة مسألة بعتك عشرة آصع كل صاع بدرهم على أن أزيدك صاعاً أو على أن أنقصك صاعاً.

ومنها: لو قال: أسلمت إليك هذا الثوب في هذا العبد فليس يسلم قطعاً، ولا ينعقد بيعاً على أصح القولين عند المشايخ الثلاثة، لاختلاف اللفظ.

والثاني ينعقد بيعاً نظراً إلى المعنى.

ومنها: اشتريت منك ثوباً صفته كذا وكذا بهذه الدراهم فقال: بعتك ففيه وجهان: اختلف المشايخ الثلاثة في أرجحهما. فزعم الشيخان ـ الرافعي والنووي ـ أنه ينعقد

بيعاً اعتباراً باللفظ، وزعم الشيخ الإمام أنه ينعقد سلماً نظراً إلى المعنى، واللفظ لا يعارضه، لأن كل سلم بيع.

ومنها: إذا قال لمن عليه الدين: وهبته منك، ففي اشتراط القبول وجهان:
أحدهما: أنه يشترط اعتباراً بلفظ الهبة.

والثاني: عدم اشتراطه، فإن معناه الإبراء.

وصححه الرافعي في كتاب الصداق، وذكر الخلاف في باب الهبة ـ من غير ترجيح ـ وبناه على اللفظ والمعنى.

ونظير المسألة الصلح من ألف في الذمة على خمسمائة في الذمة أيضاً،فالأصح الصحة، ثم قال الرافعي: الأظهر اشتراط القبول وقد يقال: إنه مخالف لما صحح في نظيره من الهبة.

وذهب الشيخ الإمام ـ رحمه الله ـ بعد ما حكى ما ذكرته من كلام الرافعي إلى أنا إن اعتبرنا اللفظ اشترط القبول في الصلح والهبة، وإن اعتبرنا المعنى اشترط في الهبة دون الصلح.

ومنها: قال أبو سعد الهروي: أعتقه عني بألف، بيع في وجه، وعتق بعوض في وجه.

فائدته: أنت حر غداً على ألف.
إن قلنا: بيع، فسد، ويجب قيمة العبد.
وإن قلنا: عتق بعوض، صح، ويجب المسمى.

قلت: وهذه مسألة غريبة، وقد تبعه في ذكرها ـ على هذا الوجه ـ القاضي شريح الروياني في أدب القضاء.

ومنها: أوصى لأجنبي بزائد على الثلث وأجاز الوارث وقلنا الإجازة ابتداء عطية فلم تتقيد الإجازة بلفظ الإجازة؟ فيه وجهان، ووجه المنع أن الإجازة تشير إلى أمر سابق.

وما سبق باطل، قال الغزالي: وهذا التقدير ينبني على أن النظر إلى الألفاظ أو إلى المقاصد؟

ومنها: إذا قال خالعتك ولم يذكر عوضاً.
خرجها القاضي أبو سعد على القاعدة، وحكى فيها قولين أحدهما: لا شيء.
والثاني: أنه خلع فاسد، ويجب المهر.
قال: وفيه وجه، أنه طلاق رجعي.

قلت: الصحيح أن صراحة الخلع تعتمد ذكر المال، فإن لم يذكره فهو كناية ووقع في كلام منهاج النووي ما يوهم تصحيح أنه يجب مهر المثل، وهو مؤول كما ثبت في التوشيح، والقول بأنه رجعي غريب.

قال القاضي أبو سعد: وكذا لو قال خذها مضاربة ففي قول إبضاع فلا يجب أجر مثل، وفي قول: مضاربة فاسدة فيستحقه.

ومنها: الرجعة بلفظ النكاح، فيه خلاف خرجه القاضي أبو سعد، على القاعدة.

ومنها: الأصح أن بيع البائع المبيع قبل قبضه كبيعه لغيره، فيكون باطلاً ويحل الوجهين فيما إذا باعه بغير جنس الثمن أو بزيادة أو نقص أو تفاوت صفة وإلا فهو إقالة بلفظ البيع.

قال صاحب التتمة: وخرجه الشيخ الإمام - رحمه الله - على أن النظر لصيغ العقود أو لمعانيها، قال: ثم رأيت التخريج للقاضي الحسين قال: إن اعتبرنا اللفظ فعلى الوجهين وإن اعتبرنا المعنى فإقالة.

ومنها: إذا قال: استأجرتك لتعهد نخيلي بكذا من ثمرتها.

فوجهان: أحدهما: أنه يصح مساقاة نظراً إلى المعنى، وأصحهما: إجارة فاسدة نظراً إلى اللفظ وعدم وجود شرط الإجارة، لأن الثمرة، المعدومة لا تصلح أن تكون عوضاً في الإجارة.

ومنها: لو تعاقد في الإجارة بلفظ المساقاة، فقال: ساقيتك على هذه النخيل مدة كذا بدراهم معلومة فوجهان.
أحدهما: يصح إجارة نظراً إلى المعنى.

وأصحهما: أنها مساقاة فاسدة نظراً إلى اللفظ وعدم وجود شرط المساقاة، إذ من شرطها أن لا تكون بدراهم.

ومنها: قدمنا أنه إذا وهب بشرط ثواب معلوم كـان بيعاً على الصحيح اعتباراً بالمعنى، ثم وفى الشيخ الإمام بتمام التشبيه فصحح أنه يثبت فيه الخياران: المجلس والشرط، وأنه يجوز للولي أن يهب مال الصبي بشرط معلوم، وقال: إن ذلك هو الذي تقتضيه قواعد المذهب.

وقال الرافعي والنووي: لا يثبت الخيار، لأنه لا يسمى بيعاً، ولا يهب الولي مال الصبي بشرطه، لأن الهبة لا يقصد بها العوض.

كذا ذكره في البيع والحجر. وفي كتاب الهبة فإن ثبت الخيار فليكن المعتمد ما ذكره في باب الهبة من ثبوت الخيار وفاء بتمام التشبيه، واعتماداً على ما ارتضاه الوالد رحمه الله، فإن الراجح عنده ثبوت الخيارين، وصحة هبـة الولي مـال الصبي بشرط الثواب.

غير أن هنا سؤالاً، وهو أنه في باب الشفعة فيما إذا وهب مطلقاً، وقلنا: المطلقة تقتضي الثواب.

ذكر أن الرافعي صحح ثبوت الشفعة، وأنه صحح أن له أن يأخذ قبـل القبض أيضاً، لأنه صار بيعاً، وتبعه النووي.

وهذا منهما اعتباراً للمعنى، عكس ما فعلاه، في إثبات الخيار في الهبة بشرط الثواب، فإنهما اعتبرا اللفظ.

ثم قال الوالد: في باب الشفعة في هاتين المسألتين «إن في تصحيح الرافعي نظراً وإن الأولى النظر إلى جانب اللفظ هنا عكس ما فعله في مسألة الخيار.

وليس لك أن تقول: الشفعة على خلاف القواعد، فاقتصرنا على مورد النص وهو فيما كان بيعاً أو نحوه في اللفظ والمعنى لأنا نقول أيضاً: إثبات الخيـار على خلاف القواعد، وقد أثبتناه في الهبة ذات الثواب اعتباراً بالمعنى، فإما أن يعتبـر المعنى في الموضعين أو يترك فيهما وأما التفرقة فلا تبين.

وجواب هذا السؤال: أن الوالد إنما يـــعتبر المعنى. إذا اقترن بلفظ الهبة شرط الثواب فإن ذكره يشبه ذكر السبب، فتعين كون لفظ الهبة بـــاب مناب لفظ البيع، ولا كذلك إذا

لم يصرح به، [ولذلك] [1] وافق في الهبة المصرح فيها باشتراط الثواب على ثبوت الشفعة فيها، وإنما منع الشفعة في المطلقة.

وإن قلنا [بمقتضى][2] الثواب فليست المطلقة، وإن قلنا يقتضي الثواب بمنزلة المذكور فيها الشرط فإنه قرينة العوضية.

قاعدة: الفرض أفضل من النفل[3].

قال ﷺ فيما يحكيه عن ربه تعالى: «وما تقرب إليَّ عبدي بأحب إلي من أداء ما افترضته عليه. . . .» الحديث[4].

قال الشافعي رضي الله عنه: إن الله لما خص به رسول الله ﷺ من وحيه وأبان بينه وبين خلقه بما فرض عليهم من طاعته، افترض عليه أشياء خففها عن خلقه ليزيده بها إن شاء الله قربة إليه.

وبين الشافعي: قدس الله روحه ـ حكمة الافتراض الدالة على أنه أعلى درجة. من سائر المطلوبات. قال الإمام في أوائل النكاح، قال الأئمة خص رسول الله ﷺ بإيجاب أشياء لتعظيم ثوابه، فإن ثواب الفرائض تزيد على ثواب المندوبات.

قال ﷺ: «يقول الله لا يتقرب المتقربون إليّ بمثل أداء فرائضهم». وقال ﷺ: يقول الله تعالى: «عبدي أدِّ ما افترضت عليك تكن أعبد الناس وانته عما نهيتك تكن أورع الناس وارض بما قسمت لك تكن أغنى الناس وتوكل عليّ تكن أكفأ الناس.

وقال بعض علمائنا: الفريضة يزيد ثوابها على ثواب النفل بسبعين درجة وتمسكوا بما رواه سلمان الفارسي، إن رسول الله ﷺ قال في شهر رمضان، من تقرب فيه بخصلة من خصال الخير كان كمن أدى فريضة فيما سواه، ومن أدى فريضة فيه كان كمن أدى

---

(١) وفي «ب» ولكذلك.

(٢) في «ب» تقتضي.

(٣) الأشباه للسيوطي ص ١٤٥.

وقالوا: ـ

الفرض أفضل من تطوع عابد ... حتى ولو قد جاء منه بأكثر

إلاَّ التطهر قبل وقت وابتدا ... للسلام كذاك إبراء معسر

(٤) البخاري من رواية أبي هريرة رضي الله عنه ١١ / ٣٤٠ في كتاب الرقاق / باب التواضع (٦٥٠٢).

سبعين فريضة فيما سواه[1]، فقابل النفل فيه بالفرض في غيره، وقابل الفرض فيه بسبعين فرضاً في غيره فأشعر هذا بأن الفرض يزيد على النفل بسبعين درجة من طريق الفحوى. انتهى كلام الإمام في النهاية.

فأما حديث «لا يتقرب المتقربون. . . .» ففي صحيح البخاري، وأما حديث عبدي أدِّ ما افترضته عليك. [فعلى][2] حفظي أن شيئاً منه في سنن ابن ماجة وأما حديث سلمان فرواه ابن خزيمة في صحيحه والبيهقي في شعب الإيمان، وقوله: فأشعر بأن الفرض يزيد بسبعين لعل مراده بالسبعين في الحديث العدد الكبير، وذكر لفظ السبعين مبالغة لا للتقييد بالعدد [الخاص][3] ومن ثم قال الإمام: يزيد بالسبعين ولولا ذلك لقال تسع وستين وقوله: «أشعر من جهة الفحوى» لم يتبين لي وجه هذا الإشعار.

فصل

إذا عرفت أن الفرض أفضل من النفل. وأحب إلى الله منه وأكثر أجراً، فاعلم أن هذا أصل مطرد، إذ لا سبيل إلى نقضه بشيء من الصور لأننا إذا حكمنا على ماهية بأنها خير من ماهية أخرى ـ كقولنا: الرجل خير من المرأة وليس الذكر كالأنثى ـ لم يمكن أن تفضلها الأخرى بشيء من تلك الحيثية، لأنها لو فضلتها من تلك الحيثية لكان ذلك خلطاً، فإن الرجل إذا فضل المرأة ـ من حيث إنه رجل لم يمكن أن تفضله المرأة من حيث انها غير رجل، وإلا لتكاذبت القضيتان وهذا بديهي، نعم قد تفضل امرأة ما رجلاً ما من جهة غير الذكورة والأنوثة، والقصد بهذا [التقرير][4] أنه شاع أنه يستثنى من هذه القاعدة ثلاثة فروع:

أحدها: إبراء المعسر فإنه أفضل من إنظاره، وإنظاره واجب، وإبراؤه مستحب.

والثاني: الابتداء بالسلام فإنه سنة والرد واجب. والابتداء أفضل، لقوله ﷺ:

---

(١) أخرجه ابن خزيمة وقال وإن صح الخبر.
أخرجه البيهقي في الشعب، ٣ / ٣٠٥ في كتاب فضائل شهر رمضان حديث (٣٦٠٨).
وقال الحافظ ابن حجر مداره على علي بن زيد بن جدعان وهو ضعيف.

(٢) في «ب» ففي.

(٣) في «أ» الحامل والمثبت من «ب».

(٤) في «ب» التقدير.

«وخيرهما الذي يبدأ صاحبه بالسلام»[1].

وحكى القاضي حسين في «التعليقة» وجهين في أن الابتداء أفضل أو الجواب، كذا نقل الشيخ برهان الدين في باب صفة الصلاة.

والثالث: قال ابن عبد السلام: صلاة نافلة واحدة أفضل من إحدى الخمس الواجب فعلها على من ترك واحدة منها ونسي عينها.

فأما الأول: فكنت أسمع الشيخ الإمام - رحمه الله - يقول: في الانفصال عنه الإبراء يشتمل على الإنظار اشتمال الأخص على الأعم لكونه تأخيراً للمطالبة فلم يفضل ندب واجباً وإنما فضل واجب - وهو الإنظار الذي تضمنه الإبراء. وزيادة وهو خصوص الإبراء - واجباً آخر. وهو مجرد الإنظار.

وقد يقال: الإنظار هو تأخير الطلب مع بقاء العلقة والإبراء زوال العلقة وهما قسمان لا يشمل أحدهما الآخر، فينبغي أن يقال في التقرير: إن الإبراء محصل لمقصود الإنظار وزيادة.

وهذا كله بتقدير تسليم أن الإبراء أفضل، وغاية ما استدل عليه. بقوله تعالى: ﴿وأن تصدقوا خير لكم﴾ وهذا يحتمل أن يكون افتتاح كلام فلا يكون دليلاً على أن الإبراء أفضل.

ويتطرق من هذا إلى أن الانظار أفضل، لشدة ما يناله المنظر من ألم الصبر مع شوق القلب، وهذا فضل ليس في الإبراء الذي انقطع فيه البأس، فحصلت فيه واحدة من الحيثية ليست في الإنظار، ومن ثم قال رسول الله ﷺ «من أنظر معسراً كان له بكل

---

(١) متفق عليه من رواية أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه أخرجه البخاري ١٠ / ٤٩٢ في كتاب الأدب باب الهجرة حديث (٦٠٧٧) ومسلم ٤ / ١٩٨٤ في كتاب البر / باب تحريم الهجر حديث ٢٥ / ٢٥٦٠.

وحديث أبي أمامة أيضاً مشيراً إلى هذا، قال ﷺ: إن أولى الناس بالله من بدأ بالسلام. أخرجه أحمد في المسند ٥ / ٢٥٤ ضمن مسند أبي أمامة رضي الله عنه وأبو داود في السنن ٤ / ٤٥١ في الأدب / باب فضل من بدأ السلام (٥١٩٧) والترمذي ٥ / ٥٦ في كتاب الاستئذان باب فضل الذي يبدأ بالسلام (٢٦٩٤)، وقال هنا حديث حسن، قال محمد أبو فروة الرهاوي مقارب الحديث إلا أن ابنه محمد بن يزيد يروي عنه مناكير.

يوم صدقة». فانظر كيف وزع أجره على الأيام تكثر بكثرتها، وتقل بقلتها ـ ولعل سره ما أبديناه، فالمنظر كل يوم ينال عوضاً جديداً، ولا يخفى أن هذا لا يقع بالإبـراء، فإن أجره ـ وإن كان أوفر ـ يستغقبه وينتهي بنهايته. ولست أستطيع أن أقول: الانظار أفضل على الإطلاق، وإنما قلت ما قلت على حد سبق درهم ديناراً أو سبق درهم مائة ألف، كما سأبحث عنه إن شاء الله تعالى فينظر إلى ما حررته من البحث فإنه محتاج إلى مزيد تحرير.

وأما ابتداء السلام فليس في الحديث أن الابتداء خير من الجواب، بل إن المبتدىء خير من المجيب، وهذا لأن المبتدىء فعل حسنة وتسبب إلى فعل حسنة وهي الجواب مع ما دل عليه الابتداء من حسن طوية المبتدىء وترك ما يكرهه الشارع من الهجر والجفاء، فإن الحديث ورد في المسلمين يلتقيان فيعرض هذا ويعرض هذا فكان المبتدىء خيراً من حيث إنه مبتدىء ترك ما كرهه الشارع من التقاطع لا من حيث إنه مسلم. واعلم أن للقرافي في كتاب الفروق كلاماً على هذه القاعدة يقبل المؤاخذة.

فمنه: أنه اعترض على تقدم الواجب على المندوب بجمع [المطر][1].

قال فإنه يلزم منه تقديم المندوب فإن المندوب الجماعة فسقط من أجلها الوقت الواجب رعاية لتحصلها وكذلك الجمع بعرفة ثم قال المندوب قسمان ما قصرت مصلحته عن الواجب وهو الغالب وما كانت مصلحته أعظم كالتصدق بدينار أعظم أجراً من التصدق بدرهم وقد يستوي مصلحتهما فيكون الواجب أكثر ثواباً كالفاتحة في الصلاة وخارجها، ودينار الزكاة أعظم من دينار الصدقة، ثم قال والمندوبات التي قدمها الشارع على الواجبات فسبع صور إبراء المعسر على إنظاره، وصلاة الجماعة تفضل على صلاة الفذ[2] وصلاة في مسجد رسول الله ﷺ خير من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام[3] مع أن الجماعة غير واجبة، والصلاة فيه غير واجبة وصلاة في

---

(١) سقط في «أ».

(٢) بسبع وعشرين درجة كما ورد بذلك الحديث.

انظر البخاري ٢ / ١٣١ في الأذان / باب فضل صلاة الجماعة حديث (٦٤٥) ومسلم ١ / ٤٥٠ في المساجد / باب فضل صلاة الجماعة (٢٤٩ / ٦٥٠).

(٣) البخاري ٣ / ٦٣ في كتاب فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة حديث (١١٩٠) ومسلم ٢ / ١٠١٢ في الحج / باب فضل الصلاة بمسجدي مكة والمدينة (٥٠٥ / ١٣٩٤).

المسجد الحرام كذلك وفي المسجد الأقصى بخمس مائة، وصلاة بسواك أفضل من سبعين بلا سواك[1]، والخشوع في الصلاة مندوب، وفي الصحيح[2]: «لا تأتوها وأنتم تسعون وأتوها وأنتم تمشون وعليكم السكينة» قال بعض العلماء: إنما أمر بعدم الإفراط في السعي لئلا يذهب خشوعه إذا أتى إليها فأمر بالسكينة وإن فاتته الجمعة.

قلت: ما ذكره في الجمع بالمطر غير مسلم. فليس الجمع أفضل - على القول به - وقوله: من المندوب ما مصلحته أعظم من مصلحة الواجب - فيه نظر، والمثال الذي ذكره ممنوع، فألف دينار لا يجزىء عن درهم زكاة ولله في الفرائض أسرار لا تنتهي العقول إليها ومن ثم منع الشافعي القيمة في الزكاة وفي الحديث «سبق درهم ديناراً أو سبق درهم مائة ألف» دل على أن الأفضلية ليست بالكمية. وأما الصور السبع فقد تقدم الكلام في إبراء المعسر.

---

(١) أخرجه البيهقي من حديث فرج بن فضالة عن عروة بن رويم عن عمرة عن عائشة مرفوعاً به، وقال إنه غير قوي الإسناد، وساقه أيضاً من طريق الواقدي عن عبد الله بن يحيى الأسلمي عن أبي الأسود عن عروة عن عائشة مرفوعاً بلفظ: الركعتان بعد السواك أحب إلي من سبعين ركعة قبل السواك، وضعفه أيضاً الواقدي وقد رواه من غير جهته الحارث بن أبي أسامة في مسنده من رواية ابن لهيعة عن أبي الأسود بلفظ: صلاة على أثر سواك أفضل من سبعين صلاة بغير سواك، بل أخرجه ابن خزيمة وغيره كأحمد والبزار والبيهقي من طريق ابن إسحاق قال: ذكر الزهري عن عروة بلفظ: فضل الصلاة التي يستاك لها على الصلاة التي لا يستاك لها سبعين ضعفاً وتوقف ابن خزيمة والبيهقي في صحته خوفاً من أن يكون من تدليسات ابن إسحاق وأنه لم يسمعه من الزهري، لا سيما وقد قال الإمام أحمد انه إذا قال: وذكره لم يسمعه وانتقد بذلك تصحيح الحاكم وهو قوله إنه على شرط مسلم، ولكن قد رواه معاوية بن يحيى عن الزهري، أخرجه البزار وأبو يعلى والبيهقي وجماعة وابن عدي في كامله، وفي معاوية ضعف أيضاً قال البيهقي ويقال إن ابن إسحاق أخذه منه، وورواه أبو نعيم من حديث الحميدي عن سفيان عن منصور عن الزهري ورجاله ثقات، وفي الباب عن أبي هريرة عن ابن عدي في كامله بلفظ: صلاة في أثر سواك، أفضل من خمس وسبعين ركعة بغير سواك وعن ابن عباس عن أبي نعيم في السواك له بلفظ: لأن أصلي ركعتين بسواك أحب إلي من أن أصلي سبعين ركعة بغير سواك وسنده جيد وعن أنس وجابر وابن عمر. وكذا عن أم الدرداء وجبير بن نفير مرسلاً، كما بينته في بعض التصانيف، وبعضها يعتضد ببعض، ولذا أورده الضياء في المختارة من جهة بعض هؤلاء، وقول ابن عبد البر في التمهيد عن ابن معين: إنه حديث باطل هو بالنسبة لما وقع له من طرقه.

(٥) متفق عليه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
البخاري ٢ / ٣٩٠ في الجمعة / باب المشي إلى الجمعة (٩٠٨)، ومسلم ١ / ٤٢٠ - ٤٢١ في المساجد / باب استحباب إتيان الصلاة بوقار وسكينة (١٥١ / ٦٠٢).

وأمـا صلاة الجمـاعة ففضلت صـلاة الفرد بخمس وعشـرين درجة لمـا أثرت الجماعة في صفتها، ولم تفضل بـــخمس وعشرين فرضاً ولئن فضلته بخمس وعشرين فرضاً فما الأربع والعشرون في مقابـــلة الجماعة، بل في مقابلة ذات الجماعة، لما اشتملت عليه من جمع قلوب ومشي إلى المسجد غالباً وانتظـــار الصلاة والعبد لا يزال في صلاة ما دام ينتظر الصلاة[1]، فهناك صلوات في الحقيقة فما فضـــل إلا فرض فرضاً لا نفل فرضاً وكذلك بقوله في الصلاة في المساجد الثلاثة وفي الصلاة بـــسواك، هذا إن قلنا المراد بقوله ﷺ: «صلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف صلاة...» المراد بـه الفرض، وهو قول الطحاوي من الحنفية.

ومذهبنا. كما نقل النووي في شرح المهذب ـ أنه يعمم الفرض والنفل جميعاً. فإن قلت: فليلزم حينئذٍ أن تكون نافلة في مسجد رسول الله ﷺ أفضل من ألف فرض، فرجحت النافلة الفرض.

قلت: قد يكون الفرض في المسجد أفضل من الفرض في غيره، والنافلة فيه أفضل من النافلة في غيره، لا أن النفل أفضل من الفرض، لاختلاف النوع، وليس في الحديث صيغة تعميم للنوعين.

أو يقال: وهو الذي أعتقده: ـ أن المضاعفة تحصل من حيث انها في المسجد وقد يحصل للفرض من حيث انه فرض فضل آخر، وإذا كان هناك وجهات لم يلزم تقديم النفل على الفرض.

فإن قلت: ذاك الفرض الآخر الذي يختص به الفرض كيف يوازي ألف صلاة ويزيد، قلت: لم يمتنع ذلك ولئن لم يوازه فليس يلزم من كثرة الثواب الأفضلية وهذا باب آخر يطول الشرح فيه.

وقد بحثت مرة أخرى مع الشيخ الإمام [الوالد][2] رضي الله عنه في صلاة الظهر ـ بمنى يوم النحر ـ إذا جعلنا «منى» خارجة عن حدود الحرم ـ أن تكون أفضل من صلاتها

---

(١) متفق عليه من رواية أبي هريرة رضي الله عنه.

البخاري ٢ / ١٣١ في الأذان / باب فضل صلاة الجماعة (٦٤٧) وفي البيوع ٤ / ٣٣٨ / باب ما ذكر في الأسواق (٢١١٩) ومسلم ١ / ٤٥٩ في كتاب المساجد / باب فضل صلاة الجماعة وانتظار الصلاة حديث (٢٧٢ / ٦٤٩)، و(٢٧٤ / ٦٤٩).

(٢) سقط في «ب».

في المسجد لأن النبي ﷺ صلاها «بمنى» يومئذٍ والاقتداء به أفضل أو في المسجد لأجل المضاعفة؟ فقال: بل في «منى» وإن لم تحصل بها المضاعفة، فإن في الاقتداء بأفعال رسول الله ﷺ من الخير ما يربو على المضاعفة.

فإن قلت: كيف تقولون في قوله ﷺ «صلاة في مسجدي. . .» أنه يعم الفرض والنفل. وقد تطابقت الأصحاب ونص الحديث على أن نافلة المرء في بيته أفضل لم يستثن [إلا ما لا يتأتى][1] إلا ما يستحب له في المسجد كالعيد ونحوه أو ما لا يتأتى إلا فيه كركعتي الطواف.

قلت: هذا من القبيل الأول، فلا يلزم من المضاعفة في المسجد أن يكون أفضل من البيت، والظاهر أنه ذو وجهتين، وبالوجهتين تتم المضاعفة في نافلة [المساجد][2] وإن لم يوجد في فرائض غيرها. وغاية الأمر. أن يكون في المفضول مزية ليست في الفاضل ولا يلزم من ذلك جعله أفضل، فإن للأفضل مزايا كما أن للمفضول مزية. وبذلك صرح الشيخ عز الدين ابن عبد السلام، فقال: قد يقدم المفضول على الفاضل في بعض الصور، كتقديم الدعاء بين السجدتين على القراءة ولقد سألت الشيخ الإمام تغمده الله تعالى برحمته أو سئل. وأنا أسمع عن حديث «المتحابون في الله على منابر من نور تغبطهم الأنبياء. . . الحديث[3] - كيف يغبط الأنبياء المتحابين وهم أرفع درجة؟

فقال: لعل هؤلاء يدخلون الجنة بغير حساب، والأنبياء عليهم السلام لا بد أن يسألوا عن التبليغ، وهيبة الرب خطيرة، فحالهم وإن كان أرفع إلا أنهم يغبطون السالم من هذا العبء لراحته، ولا يلزم أن يكون حال الراحة أفضل.

هذا حاصل كلامه.

ومما يدل على أن المفضول قد تكون له مزية ليست للفاضل حديث «من وافق

---

(١) سقط في «ب».
(٢) في «ب» المسجد.
(٣) أخرجه أحمد من رواية معاذ بن جبل رضي الله عنه في المسند ٥ / ٢٣٩ والترمذي ٤ / ٥٩٧ في الزهد / باب ما جاء في الحب في الله (٢٣٩٠) والطبراني في الكبير ٢٠ / ٨٨ (١٦٨) والحاكم في المستدرك ٤ / ٤١٩ - ٤٢٠ في كتاب الفتن / باب المتحابون في الله.

تأمينه تأمين الملائكة غفر له ما تقدم من ذنبه»[1]، فإن ظاهره يشمل الكبائر والصغائر: وحديث «الإسلام يهدم ما قبله، والحج يهدم ما قبله والعمرة تهدم ما قبلها»[2]. جعل الحج والعمرة كالإسلام، والإسلام يهدم الكبائر والصغائر.

ويدل عليه حديث «من حج فلم يرفث ولم يفسق رجع كيوم ولدته أمه»[3]، وليس ذلك في الصلاة وهي أفضل.

وهنا سؤال، وهو أنه قد ثبت أن الصلاة إلى الصلاة كفارة لما بينهما ما اجتنبت الكبائر[4]، فإذا كانت الفرائض لا تكفر الكبائر فكيف تكفرها سنة. وهي موافقة التأمين إذا وافق التأمين.

وقد أخذ شخص مرة يهول أمر هذا السؤال ويقول: كبائر الفرائض تصغر عن هذا[5] التكفير وكبائر الجرائم تكفرها نافلة؟

والجواب: أن المكفر ليس التأمين الذي هو فعل المؤمن، بل وفاق الملائكة وليس ذلك إلى صنعه، بل فضل من الله، وعلامة على سعادة من وافق.

وقد أطلنا في هذا، فلنعد إلى الفرض.

وأما الإتيان إلى الصلاة بالسكينة . . . .

فصل

إذا عرفت أن الفرض أفضل من النفل. فهل هذا في كل فرض من الفرائض التي ابتدأ الله إيجابها دون التي وجبت بتسبب العبد؟

---

(١) أخرجه البخاري ٢ / ٢٦٦ في الأذان / باب جهر المأموم بالتأمين (٧٨٢) وأحمد في المسند ٢ / ٢٣٣ ـ ٢٧٠ في مسند أبي هريرة رضي الله عنه والنسائي في المجتبى من السنن ٢ / ١٤٤ في الافتتاح / باب جهر الإمام بآمين.

(٢) مسلم ١ / ١١٢ في الإيمان / باب كون الإسلام يهدم ما قبله (١٩٢ / ١٢١).

(٣) متفق عليه من رواية أبي هريرة رضي الله عنه البخاري ٣ / ٣٨٢ في الحج / باب فضل المبرور (١٥٢١) ومسلم ٢ / ٩٨٣ في الحج / باب فضل الحج والعمرة حديث (٤٣٨ / ١٣٥٠).

(٤) أخرجه مسلم من حديث أبي هريرة ١ / ٢٠٩ في الطهارة / باب الصلوات الخمس والجمعة إلى الجمعة حديث (١٦ / ٢٣٣).

(٥) سقط في «ب».

هذا موضع لي فيه نظر، والذي يظهر ـ من كلام أقوام الأول، ووجهه ظاهر والذي ترجح عندي الثاني، قلت أعتقد أن فريضة وجبت بتسبب العبد إليها أفضل من فريضة ابتدأ الشارع طلبها.

ولذلك اختلف في أن النذر هل يسلك مسلك واجب الشرع أو جائزه؟ وما ذاك إلا لأن إيجابه بتسبب العبد.

ومن هنا نخرج إلى الجواب عن ابتداء السلام فنقول: إنما كان أفضل من الجواب ـ وإن كان الجواب فرضاً ـ لأن فرضية الجواب نشأت عن ابتداء السلام ولم يكن وجوبها ابتداء.

فإن قلت: ما تصنعون فيما أوردتم من الأحاديث الدالة على أن الفرض ـ أفضل من غير تخصيص بفرض ابتدائي.

قلت: أنا أشم من قوله ﷺ فيما يحكيه عن ربه تعالى: «ما تقرب إلي المتقربون بأفضل من أداء ما افترضته عليهم» أن المعنى به ما أنشأت افتراضه، ولذلك قال: افترضته ولم يقل، ما هو فرض عليهم، فإني أجد فرقاً بين العبارتين، فليتأمل هذا فإنه موضع احتمال. ولا يخفى أن ارتكاب ما هو يسقط للذمة يخرج عن العهدة أولاً، عن أن في وصفه بالأفضلية مع أنه مما لعله مما يكرهه الشارع كالنذر موضع النظر، ثم جدوى هذا النظر قليلة.

خاتمة

إذ بان لك أن الفرض أفضل من النفل مطلقاً علمت أن الواجب لا يترك إلا لواجب وانتقلت منه إلى قاعدة معزوة إلى أبي العباس بن سريج قيل: إنها متلقاة من كلامه في مسألة الختان، وذكرها الشيخ أبو إسحاق[1] في «المهذب» و «النكت» وإمام

---

(١) إبراهيم بن علي بن يوسف بن عبد الله الشيخ أبو إسحاق الشيرازي شيخ الإسلام علماً و عملاً وورعاً وزهداً وتصنيفاً واشتغالاً، قال الذهبي: لقبه جمال الإسلام، ولد بفيروز آباد قرية من قرى شيراز في سنة ثلاث وتسعين وثلاثمائة وقيل في سنة خمس وقيل ست وله تصانيف انتفع بها أهل العلم في كل زمان ومكان وتوفي في جمادى الآخرة وقيل الأولى سنة ست وسبعين وأربعمائة ودفن بباب أبرز، ابن السبكي ٣ / ١٨٨، ابن قاضي شهبة ١ / ٢٣٨ ووفيات الأعيان ١ / ٩، البداية والنهاية ١٢ / ١٢٤، النجوم الزاهرة ٥ / ١١٥، مرآة الجنان ٣ / ١١٠.

الحرمين، والغزالي، والكيا الهراسي[1]، والرافعي وغيرهم.

أشار إليها الجماعة بعضهم «ما لا بد منه لا يترك إلا بما لا بد منه» في مسألة سجود التلاوة وبعضهم في مسألة الختان، وربما عبر عنها بأن جواز ما لو يشرع لم يجر دليل على وجوبه، وبأن الواجب لا يترك لسنة قال أرباب هذه القاعدة: وقد ظهر تأثير هذا الكلام في مسائل:

منها: قطع اليد في السرقة، فإنه لو لم يجب لكان حراماً، وإلى هذا أشار الرافعي. بقوله: قطع عضو لا يختلف فلا يكون إلا واجباً، كقطع اليد والرجل.

ومنها: إقامة الحدود على ذوي الجرائم.

ومنها: انه يجب على المضطر أكل الميتة على الأصح.

ومنها: لو كان لا يحسن الفاتحة ولا يحسن إلا آيات فيها سجود التلاوة قال الإمام في «الأساليب» لا نص فيها، قال: ولا يبعد منعه من سجود التلاوة يعني في الصلاة حتى لا يقطع القيام المفروض. انتهى.

وهي مسألة غريبة دعا إليها «ما لا بد منه لا يترك إلا بما لا بد منه» ثم وصلوا بهذا إلى الختان ونظموا قياساً ردوا به على الحنفية ـ حيث نفوا وجوبه.

فقالوا: الختان قطع عضو سليم، فلو لم يجب لم يجز، كقطع الأصبع، فإن قطعها إذا كانت سليمة ـ لا يجوز إلا إذا وجب القصاص.

قالوا: وإلى هذا القياس أشار شيخ الأصحاب أبو العباس بن سريج، فإنه قال: لو لم يكن الختان واجباً لما كشفت له العورة، لأن كشف العورة محرم فما كشفت من أجله دل على وجوبه. وتبعه الأصحاب على طبقاتهم. وعبارة الرافعي في «الشرح» قطع

---

(١) علي بن محمد بن علي شمس الإسلام عماد الدين أبو الحسن الطبري المعروف بالكيا الهراسي تفقه ببلده ثم رحل إلى نيسابور قاصداً إمام الحرمين وعمره ثماني عشرة فلازمه حتى برع في الفقه والأصول والخلاف وطار اسمه في الآفاق وإلكيا بهمزة مكسورة ولام ساكنة ثم كاف مكسورة بعدها ياء مثناة من تحت معناه الكبير بلغة الفرس والهراسي براء مشددة وسين مهملتين، توفي في المحرم سنة أربع وخمسمائة وعمره أربع وخمسون سنة ودفن في تربة الشيخ أبي إسحاق وفيات الأعيان ٢ / ٤٤٨، ابن قاضي شهبة ١ / ٢٨٨، مرآة الزمان ٨ / ٢٣، ابن السبكي ٤ / ٢٨١، النجوم الزاهرة ٥ / ٢٠١، شذرات الذهب ٤ / ٨، العبر ٤ / ٨.

عضو يخاف منه. فلو لم يجب لم يجز. واقتضى ما ذكروا في منازعته ختان الصبيان، فإنه ليس واجباً في الحال وجائز له كشف العورة.

ثم أجاب بعضهم بالتزام جواز النظر إلى فرج الصغير. وهو وجه مال النووي في «الروضة» إلى ترجيحه، وكاد الشيخ الإمام رحمه الله - في باب ستر العورة يصرح به ونقله عنه الأصحاب: منهم الشيخ أبو حامد، وابن الصباغ، وغيرهما وإن كان الرافعي جزم بالتحريم، وادعى صاحب «العدة» الاتفاق عليه في كتاب النكاح. وبعضهم قال: يجب على الولي ختان الصبي إذا رآه مصلحة.

والحاصل أن الأمر دار عند علمائنا بين منع تحريم كشف عورة الصبي ومنع وجوب ختانه، والقاعدة سليمة على الأمرين، وكلا المعنيين مقصود منه السعي في سلامتها عن النقض.

قلت: وهذا صنيع الأصحاب في مسألة الختان حاولوا صحة هذه القاعدة وحاولت الحنفية فسادها.

وفي مسألة سجود التلاوة عكس الفريقان الأمر، فحاول الحنفية صحتها حيث [قالوا][1] سجود التلاوة واجب لأن نظم الصلاة يترك بسببه فدل أنه شيء لا بد منه، قالوا: لأن ما لا بد منه: لا يترك إلا بما لا بد منه، فأما أن يترك بما منه بد - كالسنة - فلا.

فقيل لهم: هل أوجبتم الختان؟

فأجابوا بما لا يرضاه، كما هو [مقرر][2] في الخلافيات.

وعند هذا أقول: القاعدة - بإطلاقها - منقوضة بمسائل.

منها: سجود التلاوة كما عرفت.

ومنها: سجود السهو، فإنه ممنوع لو لم يشرع، إذ لا يجوز زيادة سجودين عمداً وهو مع ذلك سنة.

ومنها: زيادة ركوع في الخسوفين، وكذا أكثر منه عند تمادي الخسوف، على ما رجحه الشيخ الإمام، خلافاً للرافعي والنووي.

ومنها: النظر إلى المخطوبة لم يقل بوجوبه إلا داود.

---

(١) سقط من «أ» والمثبت من «ب».

(٢) في «ب» معروف.

ومنها: الكتابة لا تجب وإن طلبها الرقيق الكسوب ـ على المذهب ـ وقد كانت المعاملة قبلها ممنوعة، لأن السيد لا يعامل عبده.

ومنها: التنحنح في الصلاة إن بان به حرفان بطلت، على ما صححه الرافعي والنووي فلو تعذر الجهر إلا به كان ـ على وجه ـ عذراً إقامة لشعائر الجهر فعلى هذا الوجه ترك الواجب ـ وهو ترك التنحنح ـ لأجل سنة، وهي الجهر.

ومنها: قطع السلعة المخوف بقاؤها جائز غير واجب.

ومنها: على الجديد ـ يجوز أو يستحب للغاسل غسل عانة الميت، قال الشيخ شهاب الدين أبو شامة[1] في كتاب السواك: وذلك لا يتأتى من الغاسل إلا بنظره إلى العورة أو لمسها وكلاهما محرم، قال: فقد بطل بهذا قول أصحابنا لا يترك الواجب إلا للواجب.

ومسائل هذا الفصل كثيرة. فليقع الاقتصار على ما ذكرناه، وهذه الصور التي ذكرها الشيخ شهاب الدين تقبل من المنازعة ما لا يقبله غيرها، فإنا وإن أوجبنا حلق عانة الميت ـ وليس هو الذي يفتي به ـ فإنما ذلك لأن ما يحصل من النظر والمس أن فرض أنه لا بد من حصوله قدر يسير بالنسبة إلى إزالة هذا القدر عن الميت.

وبهذا نتطرق إلى زبدة من الكلام فنقول: لعل الضابط ـ والله أعلم في تعارض النفل والفرض أن يقال: إن لزم من فعل النفل ترك الفرض بالكلية فلا اكتراث بالنفل، والفرض أفضل مطلقاً، وإلا فالنفل مقدم في الحقيقة.

إنما احتمل ترك فرض في زمن يسير لا يحصل به تمام الغرض منه لنفل حصل تمام الغرض منه، ألا ترى إلى جواز نظر الطبيب للعورة مداواة وما ذاك إلا لأن زمن

---

(١) عبد الرحمن بن إسماعيل بن إبراهيم بن عثمان بن أبي بكر الشيخ الإمام العلامة ذو الفنون المتنوعة شهاب الدين أبو القاسم المقدسي الدمشقي الفقيه المقرىء النحوي المحدث المعروف بأبي شامة ـ لشامة كبيرة فوق حاجبه الأيسر ولد بدمشق. في أحد الربيعين سنة تسع وتسعين وخمسمائة قال ابن كثير رحمه الله وكان ذا فنون كثيرة وكان تاج الدين الغزاوي يقول بلغ الشيخ شهاب الدين رتبة الاجتهاد، توفي رحمه الله في رمضان سنة خمس وستين وستمائة.
ـ ابن السبكي ٥ / ٦١، ابن قاضي شهبة ٢٠ / ١٣٣، مرآة الجنان ٤ / ١٦٤، وفوات الوفيات ١ / ٢٥٢، البداية والنهاية ٣ / ٢٥٠، بغية الوعاة ص ٢٩٧.

المداواة يسير وفارطه لا يستدرك، فكل ما كان من هذا القبيل لا يمنع فيه تقديم النفل، ولكنا نقول ليس هو في الحقيقة تقديم نافلة لأن الفرض لم يترك بالكلية بل اغتفر منه زمن يسير كأنه اقتطع للمصلحة ومن ثم نقول على القول بأن الختان سنة فعله أفضل وإن لزم منه كشف العورة لأن زمانه يسير فلو ترك فعله لتركت السنة لا إلى بدل ولو فعل لم يلزم ترك الفرض مطلقاً بل في زمن يسير لمصلحة لا يستدرك فارطها إذا لم يفعل وهذا كلام مبين.

مباحثة: فإن قلت إذا أقررتم قصور مراتب النوافل عن درجات الفرائض فما قولكم في قوله ﷺ «عمرة في رمضان تعدل حجة[1] معي». فإنه فيما يظهر يشمل عمرة النفل والفرض وإن وقعت من مقيم بمكة وقد جعلت عدل من حج من المدينة في ركاب رسول الله ﷺ فقد رجح النفل فرضاً عظيماً ولذلك قال ﷺ من صلى الفجر في جماعة ثم قعد يذكر الله حتى تطلع الشمس ثم صلى ركعتين كانت له كأجر حجة وعمرة تامة تامة تامة[2] وفي حديث أوس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال «من غسل واغتسل يوم الجمعة وبكر وابتكر ومشى ولم يركب ودنا من الإمام واستمع ولم يلغ كان له بكل خطوة أجر عمل سنة صيامها وقيامها».

معيار نافع:

المآخذ المختلف فيها بين الأئمة لا بدع في ترجيح بعضها على بعض بالدليل الدال على ذلك ثم بترجيح بعضها قد يسقط الآخر عن درجة الاعتبار كتعليل ولاية الإجبار بالبكارة فإنه عند الشافعي أسقط درجة التعليل بالصغر عن الاعتبار وقد لا يسقط وحينئذٍ فقد يمكن مجامعته له فينبني الأمر فيه على جواز التعليل بعلتين وقد لا يمكن فلا يمكن فيه ذلك ورب أصل اجتذبه مأخذان بكل منهما شبه فهو كفرع تجاذبه أصلان يلحق بأشبههما.

---

(١) متفق عليه من رواية ابن عباس البخاري ٣ / ٦٠٣ كتاب العمرة / باب عمرة في رمضان حديث (١٧٨٢)، ومسلم ٢ / ٩١٧ في الحج / باب فضل العمرة في رمضان (٢٢١ / ١٢٥٦).

(٢) الترمذي ٢ / ٤٨١ في الصلاة / باب ذكر ما يستحب من الجلوس في المسجد بعد صلاة الصبح حتى تطلع الشمس حديث (٥٨٦) وقال حديث حسن غريب وفي إسناده أبو ظلال وهو متكلم فيه ولكن في الباب شواهد.

انظر الترغيب والترهيب ١ / ١٦٤ ـ ١٦٥.

وسنذكر ذلك في مسائل الأصول غير أنا منبهون هنا على أنه ثم مسائل تردد النظر في مأخذها وأبى بعض المتأخرين أن يطلق الترجيح فيها، وقال إنه يختلف باختلاف المسائل فمنها قال الرافعي في الخلاف في أن الطلاق الرجعي هل يقطع النكاح أو لا، والتحقيق أنه لا يطلق ترجيح واحد منهما بل يختلف باختلاف الصور وصوبه النووي وقال نظيره القولان في أن النذر هل يسلك به مسلك واجب الشرع أو جائزه، وأن الإبداء إسقاط أو تمليك قال ويختلف الراجح بحسب المسائل لظهور دليل أحد الطرفين في بعضها وعكسه في بعض.

قلت: ومن نظائره أيضاً الخلاف فيمن نوى الفرض مع مناف كمن يحرم بالظهر قبل الزوال هل ينقلب نفلاً أو تبطل، فيه قولان.

قال في الروضة اختلف في الأصح منهما بحسب الصور.

فائدة: في عد مسائل أمهات شكك في تصورها منها: قتل تارك الصلاة شكك المزني رحمه الله في تصويره وقد شكك ابن الرفعة اعتراض المزني هذا في فسخ المرأة بالإعسار على قولهم إن الفسخ عند انقضاء الثلاث يكون بالعجز عن نفقة اليوم الرابع أو بعد مضي يوم وليلة.

ونازع الرافعي في بحث له هناك ذكره في مواضع في باب نفقة الزوجة فليكشف ومنها نص الشافعي رضي الله عنه على أن وطء الزوج الثاني بعد ارتداده أو ارتدادها لا يفيد التحليل، وإن فرض الرجوع إلى الإسلام لاضطراب النكاح واعترض المزني فقال لا تتصور هذه المسألة لأن الزوج الثاني إن كان قد أصابها قبل الردة فقد حصل التحليل للأول وإلا فقد انفسخ النكاح بالردة قبل الدخول ولا عدة فلا معنى للرجوع وأجابه ابن سريج وغيره من أصحابنا بتصور العدة من غير فرض الدخول.

إما بالخلوة على القديم وإما بأن يطأ فيما دون الفرج فيسبق الماء إلى الفرج. أو بأن يستدخل ماؤه أو بإتيانها في غير المأتى فتجب العدة بهذه الأسباب ولا يحصل الحل. واعلم أن الرافعي قصر في هذه المسألة فإن قدماء الأصحاب إنما ذكروها في باب المطلقة ثلاثاً وهناك نص عليها الشافعي وهذا الباب حذفه صاحب التنبيه والغزالي وغيرهما ممن لم يمش في تصنيفه على ترتيب مختصر المزني. وأدرج الغزالي ومتابعوه مقاصده في باب ما يحرم من النكاح وأدرج صاحب التنبيه وطائفة من قدمائهم ابن القاص مقاصده في باب الرجعة فلما تبدد على الرافعي لم يستكمل له النظر ولم يرد في

باب ما يحرم من النكاح على الجزم بأن الـوطء في ردة أحدهما لا يفيد التحليل وعزاه إلى النص ولفظ النص كما رأيته في المبسوط في باب المطلقة ثلاثاً وكذلك الزوجان يصيبها الزوج ثم يريد أحدهمابعد الإصابة بحلها تلك الإصابة لأنه كان زوجاً ولو كانت لأن الإصابة ردة أحدهما أو ردتهما معاً لم يحلها، ولو رجع المرتد منهما إلى الإسلام بعد الإصابة بعد كانت والمرأة موقوفة على العدة حرمت في حالتها تلك بكل حال عليه انتهى.

والرافعي ذكر اعتراض المزني وأجابه الأصحاب بما ذكرناه ولم تقم الدلالة على أن الردة قبل الدخول تفسخ النكاح وإن عاد إلى الإسلام ولا ذكر الأصحاب دليلاً عليه وأنه لا عدة فيرتفع النكـاح جملة والمسألـة تحتاج إلى دليـل وهذا في الارتـداد قبل الدخول أما بعده فالنص قد علمت ولكن الذي جزم به ابن القاص في تلخيصه وتابعه شارحه القفال أنه إن رجع المرتد إلى الإسلام أبـاحها الأول ونقله النـووي في زيادة الروضة وقد ذكره أيضاً القاضي الحسين وإمام الحرمين وأشار إلى أن من قال ان الوطء بالشبهة تحلل بقول الوطء في الردة تحلل وينحل من كلامهم أن في التحليل بالوطء في النكاح الفاسد خلافاً وفي الوطء بالشبهة خلافاً مرتباً عليه وفي الوطء في الردة خلافاً مرتباً على الوطء بالردة هذا ما ينحل لي من كلامهم ولم يزد القفال في شرح التلخيص على تصحيح ما قاله ابن القاص من أنه إذا عاد إلى الإسلام حلل وذكره تشكيك المـزني وجواب ابن شريح والأصحاب له ورأيت صاحب البحر قد ذكر أن القفال قال ومنها فسخ المرأة النكاح بعيب الـزوج.

قال ابن الرفعة استشكل بعضهم تقريره بأنها إن علمت بالعيب فلا خيـار وإلا فالنقاء من العيوب شرط الكفاءة ولا يصح النكاح إذا عدمت الكفاءة [**على الأصح**][1] وإذا لم تصح انتفى الخيار قال وهذه غفلة عن قسم آخر وهو ما إذا أذنت له في التزويج من معين أو من غير كـفؤ وزوجها الولي بناء على أنه سليم فإذا هو معيب والمـذهب صحة النكاح في هذه الصورة كما صرح به الإمام في كتاب الوكالة وباب المرابحة.

ومنها: إذا وقع في نار تحرقه لا يمكنه الخلاص منها إلا بماء يغرقه.

ومنها: إذا حصل قطع الحلقوم والمريء في الذبح بتحريك الذابح سكينـه مع إعانة المذبوح على ذلك لاضطرابه وقد قدمناهما في قاعدة الضرر لا يزال بالضرر أول الكتاب وذكرنا ما فيهما.

---

(١) سقط في «أ» والمثبت من «ب».

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلّى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

الكلام في القواعد الخاصة

قال مصنفه سقى الله عهده صوب الرحمة والرضوان: وأنا أرى التسهيل على الطالب بترتيبها على الأبواب، غير أن الحاجة قد تمس إلى تقديم وتأخير، فرأينا افراد كل ربع من أرباع الفقه ثم لا علينا ـ بعد إفرادها في تقديم بعض قواعده على بعض، وربما ذكرنا في بعض هذه الأرباع بعض القواعد العامة كما أنا ربما قدمنا بعض القواعد الخاصة، ولم يقع واحد من الأمرين إلا لداع إليه، والله أسأل العون والتوفيق والصلاة على نبيه محمد ﷺ.

القول في ربع العبادات
كتاب الطهارة إلى الزكاة

قاعدة: كل ميتة نجسة[1] إلا السمك والجراد[2] بالإجماع والآدمي على الأصح[3] قال الرافعي[4] والنووي، وإلا الجنين الذي يوجد ميتاً بعد ذكاة أمه، والصيد

---

(١) روضة الطالبين ١ / ١٣، تحفة المحتاج ١ / ٢٩٢، مغني المحتاج ١ / ٧٨، الاعتناء في الفرق والاستثناء / باب النجاسة القاعدة الثانية بتحقيقنا.
الأشباه والنظائر للسيوطي ٤٦٠.

(٢) الأشباه والنظائر ٤٦٠ نهاية المحتاج ١ / ٢٣٨، مغني المحتاج ١ / ٧٨، تحفة المحتاج لابن حجر ١ / ١٢٤، مختصر قواعد العلائي ١ / ١٠٠، الاعتناء في الفرق والاستثناء المصدر السابق.

(٣) الثاني أنه ينجس لأنه طاهر في الحياة غير مأكول فاشبه سائر الميتات والخلاف في غير ميتة الأنبياء عليهم الصلاة والسلام، وألحق ابن العربي المالكي بهم الشهداء.
مغني المحتاج ١ / ٧٨، نهاية المحتاج ١ / ٢٣٩.

(٤) الشرح الكبير ١ / ١٦٢، روضة الطالبين ١ / ١٣.

الذي لا تدرك ذكاته فإنهما طاهران بلا خلاف[1].

وقال الشيخ الإمام ـ رحمه الله ـ لا حاجة إلى استثنائهما فإنهما مذكيان شرعاً وألحق بما سبق البعير الناد والصيد بالضغطة والسهم[2].

قاعدة: لا يعرف ماء طاهر في إناء نجس.

قال الجرجاني في «المعاياة»[3] والروياني في «الفروق» إلا في مسألتين:
إحداهما: جلد ميتة طرح فيه ماء كثير ولم يتغير[4].

والثانية: إناء فيه ماء قليل ولغ فيه كلب ثم كثر الماء فبلغ قلتين بلا تغيير فالماء طاهر والإناء نجس، لأن الإناء إذا نجس أولاً بالولوغ ثم كوثر الماء طهر لبلوغه حد الشرع من غير تغيير، والإناء على نجاسته لأنه لم يغسل سبعاً ولم يعفر[5].

وهذا بخلاف ما لو صادف ولوغه كثرة الماء. فإن الولوغ حينئذٍ لا يؤثر فيبقى الماء والإناء على حالهما.

قلت: وهذه هي مسألة ابن الحداد المشهورة التي لا ذكر لها ـ مع شهرتها في كتب المذهب ـ لا في الرافعي ولا في «الروضة» وفيها وجوه للأصحاب: قول ابن الحداد هذا وهو أصحها[6].

ووجه آخر: أنهما طاهران، لأن الماء وصل إلى حالة لو كان عليها في الأول لم يتأثر.

ووجه ثالث: انه إن مس الكلب الماء وحده طهر الإناء، وإن مس نفس الإناء لم يطهر إلا بطهارة الماء.

---

(١) ومنها أيضاً دود الطعام في أحد الوجهين، الشرح الكبير ١ / ١٦٧.

(٢) ومنها الدود المتولد من الماء فيه فميتته طاهرة ولم يضر بطهوريته قطعاً فإن أخرج وطرح فيه فقولان أصحهما عند النووي في الروضة والتنقيح أنه لا يضر خلافاً لما صححه بعض المتأخرين النجاسة ولو ألقي في غيره ضر.
روضة الطالبين ١ / ١١٣، الاعتناء المصدر السابق.

(٣) ص (١) لوحة أ.

(٤) المعاياة المصدر السابق.

(٥) قال السيوطي في الأشباه والنظائر ص ٤٥ إنها من مهمات المسائل التي أغفلها الشيخان فلم يتعرضا لها.

(٦) وصححه السنجي في شرح الفروع.

وقد أطال الشيخ أبوعلي ـ في «شرح الفروع» ـ الكلام في هذه المسألة وجود فيها، وذكر أن القائل بهذا الوجه شبهه بالدن ينجس بنجاسة الخمر الذي فيه فإذا تخلل طهر الدن تبعاً للخمر المتخلل، لأن نجاسته كانت به. فأما إذا صب خمر في دن نجس ببول فصار الخمر خلاً لم يطهر الخمر ولا الدن.

قال الشيخ أبو علي: وهذا غير صحيح، لأن المتنجس بالولوغ يجب غسله سبعاً ويعفر وإن لم يصادف الولوغ نفس المتنجس به.

ولا يشبه الدن، لأنه إذا كان نجساً بغير خمر فالخمر لم يطهر بصيرورته خلاً، فكيف يستتبع الدن؟

ثم هناك نجاستان.

إحداهما: الخمر، وقد يطهر بالاستحالة.

والأخرى: غيره، ولا يؤثر الانقلاب.

وفي مسألتنا النجاسة واحدة وهي نجاسة الكلب سواء أصاب نفس الإناء أم ماء الإناء، فلذلك صار حكمه في الحالتين واحداً.

قلت: وهذا الوجه يشبه الوجه المفصل في الضبة بين أن تلاقي فم الشارب أو لا.

وفي المسألة وجه رابع: أن الإناء إذا ترك فيه ساعة قام مقام الغسلات ويبقى التعفير وحده[1].

قلت: وصورة ثالثة في مسألة البئر، يتمعط فيه شعر فأرة إذا ماس الشعر جوانب البئر، وكان الماء كثيراً بينه وبين الشعر، أكثر من قلتين ـ وليس بين الشعر وجوانب البئر إلا دون القلتين فالكثير ـ الذي وسط البئر طاهر، والبئر نجس، لتنجسه بنجاسة الماء القليل الملاقي له، بخلاف الكثير البعيد عنه وهذا على قول ـ التباعد.

فهذه ثلاث صور.

فائدة: قال أبو العباس بن القاص في «كتاب التلخيص» لا يجوز تنكيس الوضوء عمداً إلا في مسألة واحدة: وهي جنب غسل بدنه إلا رجليه ثم أحدث فلو بدأ برجليه

---

(١) قال السيوطي في الأشباه والنظائر (٤٥٣) وهذا يشبه مسألة الكوز وقد بسطتها في شرح منظومتي المسماة بالخلاصة وعبارتي فيها: ـ

وإن يبلغ في دونه فكوثرا ... يطهر قطعاً، والإنا لن يطهرا

فغسلهما ثم غسل وجهه وذراعيه ومسح برأسه. أجزأه قلته تخريجاً. انتهى.

وإنما كان كذلك، لأن الحدث لما طرأ لم يؤثر في الرجلين، لبقاء الجنابة فيهما، فإذا غسلهما ثم غسله عن الجنابة وكان الحدث قائماً في باقي أعضائه فإذا غسلها صار متوضئاً[1].

وما ذكره هو الصحيح عند الأكثر، وبنوا [**عليها**][2] أن الموجود فيه وضوء خال عن غسل الرجلين، لا وضوء منكس، لأن الرجلين تغسلان عن الجنابة خاصة.

والقفال صوب في شرح التلخيص «مقالة ابن القاص، وخرج المسألة على أن المحدث إذا أجنب، والجنب إذا أحدث هل يسقط عنه الترتيب في أعضاء الوضوء؟ قال فيه وجهان:

قلت: وهي المسألة المشهورة: إذا اجتمع عليه حدثان **أصغر وأكبر**[3] - والصحيح يكفيه غسل جميع البدن بنية الغسل وحده، ولا ترتيب عليه.

والثاني: تجب نية الحدثين إن اقتصر على الغسل.

والثالث: يجب وضوء مرتب وغسل جميع البدن.

والرابع وضوء مرتب وغسل باقي البدن.

وسواء أوقع الحدثان معاً أو سبق أحدهما [**ولو كان الأكبر على الصحيح**][4] ونظير قولنا - في هذه المسألة: إن هذا وضوء خال من غسل الرجلين - قولنا في مسألة أخرى: إن لنا وضوءاً مشتملاً على غسل الرجلين ومع ذلك لا تحسب.

وصورته: في لابس الخف إذا مسح ثم غسل رجليه وهما في الخف. فإن البغوي ذكر في «فتاويه» أنه لا يصح غسلهما عن الوضوء حتى لو انقضت المدة أو نزع الخف

---

(١) بخلاف إذا منع من الوضوء إلا منكوساً ففعل ما أمر به وصلى. حكى الروياني عن والده الصحة ولا قضاء عليه.

قال النووي في أصل الروضة وهذا هو الراجح ١/١٢٣، ١٢٤.

(٢) سقط في «ب».

(٣) في «ب» تقديم وتأخير.

(٤) في «ب» ولو كان الأكبر غسل الصحيح.

لزمه إعادة غسلهما، لأنه لم يغسل الرجلين غسل اعتقاد الفرض، فإن الفرض قد يسقط بالمسح.

قال: ويحتمل خلافه، لأن تارك الرخصة إذا أتى بالأصل لا يقال إنه لم يؤد الفرض.

قلت: ولقائل أن يقول ـ على [**الأولى**][1] ان غسل الرجلين لم يقع بعضاً للوضوء، لأنه لم يصادف الرجلين إلا وقد ارتفع حدثهما.

ويمكن أن يقال في هذا الفرع: [إذا][2] قلنا بالصحيح ـ وهو أن المسح رفع الحدث ـ فغسل الرجلين بعده لا يصح لعدم مصادفته شيئاً يرفعه، وليس هو بعض الوضوء لكماله.

وإن قلنا، إن المسح لا يرفع، فيحتمل أن يقال: يصح، لأنه أتى بالأصل فيبطل حكم المسح، لأن البدل لا يجتمع مع المبدل ولا يقوى عليه.

وبكل تقدير لم يوجد غسل الرجلين في وضوء غير محسوب، بل. إما أنه غير موجود، وهو الاحتمال الأول الأصح، وإما أنه موجود ومحسوب وهو احتمال البغوي الثاني، وقد أخذ الروياني في الفروق «والجرجاني في المعاياة» وغيرهما ـ مسألة ابن القاص وصدراها بلفظ آخر، نظم لهما مسألة أخرى.

فقالا: لا يسقط الترتيب في الوضوء إلا في مسألتين[3].

إحداهما: وذكرا مسألة ابن القاص.

والثانية: محدث غاص في الماء غوصة ناوياً رفع الحدث فإنه يجزئه في الأصح[4] أي وإن لم يمكث زمناً يتأتى فيه الترتيب.

---

(١) في «ب» الأول.

(٢) في «ب» إن.

(٣) المعاياة ص ٣ لوحة «أ».

(٤) اعلم أن الانغماس في الماء له ثلاثة أحوال.

أحدهـا: أن يغسل بدنه منكساً لا على ترتيب الوضوء أصحهما باتفاق الأصحاب لا يجزيه.

الثاني: أن ينغمس في الماء ويمكث زماناً يتأتى فيه الترتيب في الأعضاء الأربعة فإنه يجزيه على المذهب الصحيح وبه قطع الجمهور. =

وهذا ما صححه النووي[1].

وصحح الرافعي والوالد رحمهما الله أنه لا بد من مضي زمان يتأتى فيه الترتيب وعلى هذا لا تستثنى هذه الصور.

قلت: ومسألة ثالثة كالثانية، وهي لو غسل أربعة أنفس أعضاءه دفعة بإذنه فوجهان:

أحدهما: يصح وعلى هذا يقع الاستثناء.

والأصح: لا يحصل له إلا الوجه.

قاعدة: قال ابن القاص في «التلخيص»[2]، قبيل كتاب الحيض لا تنقض الطهارة طهراً إلا في مسألة واحدة[3].

وهي المستحاضة ومن به سلس البول إذا توضأ لكل صلاة ثم طهر خرج من الصلاة وتوضأ ثم استأنف الصلاة.

وقال القفال وغيره: إن جميع أصحابنا قالوا: ليس هذا بنقض طهارة طهراً، والمستحاضة حدثها دائم وإنما جوزنا لها بالصلاة للضرورة، فإذا انقطع الدم أوجبنا عليها الطهارة عن ذاك الحدث الذي لم يبرح.

قاعدة: «لا يجب المسح على الخف إلا في مسألة واحدة».

وهي ما إذا كان المحدث لابس الخف بالشرائط التي تبيح المسح، ودخل وقت الصلاة، ووجد من الماء ما يكفيه لو مسح ولا يكفيه لو غسل. فالذي يظهر ـ كما قاله ابن الرفعة «في الكفاية» وجوب المسح، لقدرته على الطهارة الكاملة.

قال: بخلاف ما لو لم يكن[4] لابساً ولكنه كان على طهارة كاملة وأرهقه الحدث

= الثالث: أن ينغمس ولا يمكث وفيه وجهان الأصح عند المحققين والأكثرين الصحة وهي التي ذكرها المصنف رحمه الله. شرح المهذب ١ / ٤٤٧ ـ ٤٤٨، الأشباه والنظائر ٤٢٨.

(١) شرح المهذب ١ / ٤٤٧ ـ ٤٤٨.

(٢) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ٤٥٦.

(٣) وعبر الاسنوي في ألغازه عنها بقوله: لنا طهارة لا تبطل بوجود الحدث وتبطل بعدمه وهي طهارة دائم الحدث.

(٤) وقال الاسنوي: وما ذكره تفقهاً ولم يظفر فيه بنقل. الأشباه والنظائر للسيوطي ٤٥٩.

ومعه من الماء ما يكفيه للمسح ـ دون الغسل ـ فإنه لا يجب عليه مسح الخف. على ما صححه الرافعي والنووي، في أخر الباب الأول من باب التيمم.

والفرق واضح، فإن ذاك لابس مستمر على حكم الخف، وهذا غير لابس فلا يمكن تكليفه لبس الخف.

قلت: ويؤيد الوجوب في اللابس قولهم فيما إذا خالط الماء مائع يوافق في الصفات، وقلنا: يجوز استعمال الجميع وكان معه من الماء ما لا يكفيه وحده ولو كمله بما يستهلك فيه لكفاه، أنه يلزمه ذلك.

بل أقول: في هذا دلالة على أن غير اللابس يجب عليه اللبس للمسح كما [**اختار**][1] إمام الحرمين.

وإذا دل في غير اللابس دل في اللابس بطريق [**الأولى**][2].

قاعدة: لا عبرة برؤية المتيمم ـ المسافر ـ الماء بعد الفراغ من الصلاة بل تجزيه صلاته إلا في مسألتين.

العاصي بسفره والفاقد، في قربة وهو مسافر فالأصح فيهما وجوب الإعادة.

قاعدة: فاقد الطهورين[3] يعيد الصلاة إذا قدر على أحدهما[4] إلا إذا قدر على التراب في موضع لا يسقط القضاء فإنه لا يعيد إذ لا فائدة فيه. وفيه احتمال للبغوي ـ ذكره في فتاويه.

---

(١) في «ب» اختيار.

(٢) في «ب» أولى.

(٣) أي الماء والتراب بأن فقدهما حساً كان حبس في موضع ليس فيه واحد منهما، أو شرعاً كأن وجد ما هو محتاج إليه لنحو عطش أو وجد تراباً ولم يقدر على تجفيفه بنحو نار.
ـ مغني المحتاج ١ / ١٠٥.

(٤) في الجديد، لأن هذا العذر نادر فلا دوام له، ومقابل الجديد أقوال: أحدها تجب الصلاة بلا إعادة، وطرد ذلك في كل صلاة وجبت في الوقت مع خلل وهو مذهب المزني، واختاره النووي في مجموعه، قال لأنه أدى وظيفة الوقت وإنما يجب القضاء بأمر جديد.
ثانيها: يندب له الفعل وتجب الإعادة.
ثالثها: يندب له الفعل ولا إعادة.
رابعها: يحرم عليه فعلها، قاله في مغني المحتاج ١ / ١٠٦.

قاعدة: إذا انقطع دم الحيض ارتفع تحريم الصوم والطلاق، وكذا عبور المسجد.

ففي «زوائد الروضة» أنه يزول ـ على القول بتحريمه ـ إلا على وجه شاذ وتبقى سائر المحرمات إلى أن تغتسل.

قاعدة: لا تؤخر المستحاضة الاشتغال بأسباب الصلاة بعد الطهارة[1]. فإن أخرت ـ ودمها يجري ـ استأنفت إلا فيما إذا كان التأخير لسبب من أسباب الصلاة كستر العورة وانتظار الجماعة[2] فالمذهب أنه لا يجدد ونفى الرافعي الخلاف فيه، ولكن فيه وجه في الحاوي.

قاعدة: تكره الصلاة في قارعة الطريق[3]. إلا في البراري، فالأصح في تحقيق المذهب استثناؤها لفقد غلبة النجاسة.

قاعدة: «صلاة الرجل في الثوب الحرير محرمة»، ويستثنى إذا لم يجد ساتراً غيره على الأصح.

قاعدة: «استقبال القبلة شرط في صحة الصلاة».[4]

إلا في الخوف، والتنفل في السفر المباح ذي القصد المعلوم، وغريق على لوح يخاف من استقباله ومربوط لغير القبلة، وعاجز لم يجد موجهاً وخائف من نزوله عن راحلته على نفسه: أو ماله أو انقطاع رفقته.

قاعدة: لا يتعين استقبال عين القبلة إلا في مسألة على وجه وهي إذا ركب الحمار معكوساً فصلى النفل إلى القبلة فإن القاضي الحسين قال في الفتاوى: يحتمل وجهين. الجواز، لكونه مستقبلاً.

---

(١) وجوباً وذلك تقليلاً للحدث لأنه يتكرر منها وهي مستغنية عنه بالمبادرة شرح المهذب ٢ / ٥٣٣ ـ ٥٣٤.

(٢) وكذا أذان وإقامة واجتهاد في قبلة وذهاب إلى مسجد الاعتناء في الفرق والاستثناء / باب الحيض، القاعدة السادسة بتحقيقنا، وانظر روضة الطالبين ١ / ١٣٧ ـ ١٣٨، حلية العلماء ١ / ٢٣٤ ـ ٢٣٥.

(٣) وهي أعلاه، وقيل صدره، وقيل، والكل متقارب، والمراد هنا نفس الطريق كما قاله ابن الأثير في النهاية.

(٤) وفي قول إن الصلاة في الشوارع باطلة بناء على تغليب الغالب الظاهر على الأصل، مغني المحتاج ١ / ٢٠٣.

والمنع، لأن قبلته وجه دابته والعادة لم تجر بركوب الحمار معكوساً[1].

قاعدة: كل صلاة تفوت في زمن الحيض لا تقضى إلا في مسألة واحدة، وهي ركعتا الطواف.

قاعدة: كل جنب يمنع من القرآن ولبث المسجد إلا واحداً.

وهو: جنب تيمم ثم أحدث، فإنه لا يمنع مما يختص بالجنابة ـ وهو القراءة واللبث ـ لقيام التيمم في ذلك مقام الغسل، ويمنع ما يختص بالحدث، وهو الصلاة، والسجود، ومس المصحف، لطرآن الحدث. فهو كما لو اغتسل ثم أحدث[2].

قاله الروياني: في «الفروق» و«الجرجاني» في «المعاياة»[3].

فائدة: «لا وضوء يبيح النفل دون الفرض» إلا في مسألة واحدة.

وهي: جنب تيمم وأدى الفرض ثم أحدث ووجد من الماء ما يكفيه للوضوء دون الجنابة وقلنا بالقول المرجوح ـ وهو أنه لا يجب استعماله وأراد أن يصلى النفل، فإنه يلزمه استعمال ذلك الماء، لأنه قادر على ما يرفع حدثه. وإذا تـوضأ به عاد كما كان قبل الحدث، وقد كان قبله ممنوعاً من الفرض دون النفل[4].

فأما إذا قلنا: يلزمه استعماله فإنه يستعمله في أي عضو شاء ويتيمم للباقي ويستبيح الفرض والنفل معاً.

وفي هذه الصورة التي ذكرناها يقال أيضاً «ليس محدث يصح تيممه للفرض دون النفل إلا واحداً» وهو هذا، فإنه إذا وجد كافي وضوئه. دون غسله وقلنا: لا يستعمله فإنه لا يتيمم للنفل، لأن معه ما يرفع حدثه للنفل، ويتيمم للفرض، لأن الماء الذي معه لا يبيح الفرض.

وقد ذكر الشيخ الإمام هذه المسألة في «الفتاوى» مصوباً [لكلام الجرجاني][5]

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ٤٦٤.

(٢) الشرح الكبير ٢ / ١٣٣ ـ ١٤٧، روضة الطالبين ١ / ٨٥ ـ ٤٦، شرح المهذب ١ / ١٨٧.

(٣) لوحة «٨» ـ أ خ.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي (٤٣١)، المعاياة للجرجاني لوحة ٥، أ خ.

(٥) سقط في «أ» والمثبت في «ب».

وأفتى في جنب جريج: طهره غسل الصحيح وتيمم عن [**الجريح**][1] وصلى الظهر ثم أحدث. فدخل وقت العصر وتوضأ، فإنه يتيمم أيضاً للجراحة من أجل الجنابة.

قال: وهو نظير مسألة الجرجاني.

وذكر النووي مسألة الجرجاني، لكنه قال: وكذا حكم الفرائض كلها. وذلك يوهم أنه إذا أحدث يتوضأ للفرض ولا يتيمم، وهذا لا يقوله أحد، وقد أوله الوالد ـ رحمه الله في فتاويه.

أصل مستنبط: هل الأولى تعجيل العبادة وإن وقع فيها خلل أو نقص، ولا نعني بالخلل والنقص ما ينتهي إلى الفساد، بل أخف من ذلك، أو تأخيرها لتقع خالية [**من**][2] هذا الخلل؟

والحاصل أنه إذا عارض فضيلة التعجيل نقص لا يكون في التأخير فإنهما أولى بالرعاية، وهذا كما في عشاء الآخرة، فقد اختلف [**الجديد والقديم**][3] في أيهما أفضل: تعجيلها أو تأخيرها؟

غير أن تعجيلها ليس فيه شيء من الخلل، وهذا الأصل موضوع لما في التعجيل نوع خلل.

وله نظائر:

منها: لو تيقن المسافر وجود الماء آخر الوقت فانتظاره أفضل من التيمم[4]. ولو ظنه فتعجيل التيمم أفضل في الأظهر.

ومنها: إذا أراد التأخير لحيازة فضيلة الجماعة فإن تيقنها آخر الوقت: قال في شرح المهذب[5]، فالتأخير أفضل، وإن ظنها فوجهان: ورجح النووي أنه إن فحش

---

(١) في «ب» للجريح.

(٢) في «ب» عن.

(٣) في «ب» تقديم وتأخير.

(٤) ليأتي العبادة بالوضوء وهو الأصل قال النووي في شرح المهذب هذا هو المذهب الصحيح المقطوع به في جميع الطرق، شرح المهذب ٢ / ٢٦١، الاعتناء في الفرق والاستثناء كتاب الصلاة القاعدة الأولى.

(٥) ٢ / ٢٦٢ ونقل عن الشافعي في الأم أن التقديم أفضل وقطع أبو القاسم الداركي وأبو علي الطبري=

التأخير فالتقديم أفضل. وإن خف فالتأخير أفضل.

ومنها إذا علم أنه لو قصد الصف الأول لفاتته الركعة.

قال النووي: الذي أراه تحصيل الصف الأول إلا في الركعة الأخيرة فتحصيلها أولى، ذكره في «شرح المهذب»[1] و«التحقيق».

ومنها: إذا ضاق الوقت عن سنن الصلاة وكان بحيث لو أتى بها لم يدرك الركعة ولو اقتصر على الواجب [لأدرك][2] الجميع في الوقت فما الذي يفعله؟ قال البغوي في فتاويه: إن السنن التي تجبر بالسجود يأتي بها بلا نظر، وأما التي لا تجبر قال: فالظاهر الإتيان بها أيضاً، لأن أبا بكر رضي الله عنه كان يطول القراءة في الصبح حتى تطلع الشمس قال: ويحتمل أن لا يأتي بها إلا إذا أدرك الركعة.

ومنها: المسافر إذا كان بحيث لو غسل كل [عضو][3] لم يكف ماؤه، قال البغوي في «فتاويه»: يجب أن يغسل مرة مرة، فلو غسل ثلاثاً فلم يكف وجب التيمم ولا يعيد، لأنه صبه لغرض التثليث فليس كما لو صبه سفهاً، وصار كما لو أمكن المريض أن يصلي قائماً بالفاتحة، فصلى قاعداً بالسورة، فإنه يجوز «انتهى».

ولا تعارض بين قوله: أولاً وجب وآخراً جاز.

وبالوجوب صرح النووي فيما وضعه شرحاً على التنبيه فقال: أول باب فرض الوضوء يجب الاقتصار ـ عند ضيق الوقت أو الماء عن السنن ـ على الفرائض.

قاعدة: «لا يعذر مكلف عن تأخير الصلاة عن وقتها».

بل يؤمر بالاتيان بها ـ على حسب حاله ـ ولو بالإيماء إلا في صور منها[4]:

= وصاحب الحاوي وآخرون من كبار العراقيين استحباب التأخير وفضله على أول الوقت منفرداً وقال في الإملاء: التأخير أفضل.

الاعتناء المصدر السابق.

(١) ٢ / ٢٦٣ - ٢٦٤.

(٢) في «ب» لوقع الجميع.

(٣) زيادة لحاجة السياق.

(٤) لا يعذر أحد من أهل فرض الصلاة في تأخيرها عن الوقت إلا نائم وناس، ومن نوى الجمع لسفر أو مرض ومكره على تأخيرها ومشتغل بإنقاذ غريق أو دفع صائل أو صلاة على ميت خيف انفجاره، ومن =

قاعدة: لا تجوز الصلاة مع النجاسة. إلا في مسائل:

منها: نجاسة في الثوب أو البدن لم يجد ما يغسلها به أو في البدن. ووجد ما يغسلها به ولكن خاف التلف من غسلها، فإنه يصلي وتجب الإعادة على الجديد الأظهر.

ومنها: إذا علم بالنجاسة ثم نسيها. وصلى مصاحباً لها فيعيد على المذهب.

ومنها: إذا جهل ملابسته إياها ثم علم بعد الصلاة فيعيد في الجديد واعلم أنه يجب على كل من رأى على مصل نجاسة أن يعلمه، بخلاف من رأى مسلماً نائماً فإنه لا يجب عليه أن يعلمه ـ وإن خرج الوقت ـ ذكرهما الحليمي في «المنهاج» وفرق بأن الصلاة لا تصح مع النجاسة، يعني وعدم الصلاة يكون مع عدم التكليف وهو النوم قال: وإن رآه يصلي خلف إمام غير طاهر فلم يعلمه لم يكن خائناً له ـ في قول من يجيز الصلاة ـ ويكون خائناً في قول من لا يجيز. انتهى.

ومنها: القليل من طين الشارع ـ وإن تحققت نجاسته.

ومنها: من على ثوبه أو بدنه دم البراغيث ـ ولو كثر ـ في الأصح.

ومنها: الأثر الباقي على محل الاستنجاء بعد الحجر.

ومنها: دم البثرات وهو كدم البراغيث، يغتفر القليل قطعاً والكثير على الأصح.

ومنها: ما لو أصابه شيء من دم نفسه ـ لا من البثرات ـ بل من الدمامل والقروح، وموضع الفصد، والحجامة.

والأصح ـ عند النووي ـ أنه كدم البثرات مطلقاً.

ومنها: النجاسة التي تصطحبها المستحاضة، وسلس البول.

ومنها: إذا تلطخ سلاحه بالدم في صلاة شدة الخوف.

ومنها: الشعر الذي ينتف ولا يخلو عنه ثوبه ولا بدنه فهو كدم البراغيث.

ومنها: القدر الذي لا يدركه الطرف من الخمر والبول وغير الدم.

قاعدة: يستثنى من قول الأصحاب: يسن للصبح والظهر طوال المفصل ـ

= خشي فوات عرفة على رأي وفاقد الماء وهو على بئر لا ينتهي إليه النوبة حتى يخرج الوقت، وعار في عراء لا تصل إليه السترة حتى يخرج. ومقيم عجز عن الماء حتى خرج الوقت.

انظر الأشباه والنظائر ٤٣٣، المنثور ٣ / ١٢٦.

صورتان المسافر في الصبح المستحب له في الأولى «قل يا أيها الكافرون»، وفي الثانية «الإخلاص».

قاله الشيخ أبو محمد «في مختصر المختصر» وتبعه الغزالي في «الخلاصة» و«الاحياء».

والثانية: ذكرها الشيخ محيي الدين في «التحقيق» وشرح مسلم إذا كان إماماً لغير محصورين، أو محصورين ـ شق ذلك عليهم.

وأفتى ابن الصلاح بخلافه، ويدل له فعل النبي ﷺ، فقد كان يصلي بالطوال مطلقاً.

فإن كان النووي أخذ ذلك من قول الأصحاب: «يستحب للإمام أن يخفف في الاذكار والقراءة» فلا شاهد له فيه، لأن التخفيف لا يستدعي في العدول عن الطوال، ويحصل بدرج القراءة، وبعدم الزيادة على القدر المسنون.

ولكني رأيت منصوصاً للشافعي رضي الله عنه في «جمع الجوامع» لأبي سهل بن العفريس[1]، ما يشهد للنووي.

ونصه «واجب أن يكون أقل ما يقرأ مع أم القرآن ـ في الركعتين الأوليتين ـ قدر أقصر سورة في القرآن مثل: ﴿**إنا أعطيناك الكوثر**﴾ وما أشبهها، وفي الآخرتين أم القرآن وآية، وما زاد كان أحب إلي ـ ما لم يكن إماماً، فيقل. انتهى.

فائدة: يستثنى من قولنا: يسن سجود التلاوة لمستمعها وكذا سامعها في الأصح مسائل:

منها: المأموم الذي لم يسجد إمامه.

ومنها: المصلي إذا استمع قارئاً خارج الصلاة وحكى المعافى الموصلي[2] عن

---

(١) أحمد بن محمد بن محمد الزوزني أبو سهل ويعرف بابن العفريس بالعين والسين المهملتين صاحب جمع الجوامع ذكره أبو عاصم العبادي في طبقة القفال الشاشي وأبي زيد، وكتابه قريب من حجم الرافعي الصغير.

انظر ابن قاضي شهبة ١ / ١٣٨، طبقات الفقهاء للعبادي ص ٩١، ابن السبكي ٣ / ٣٠١، ابن هداية الله ص ٢٨، الأعلام ١ / ٢٠١.

(٢) المعافى بن إسماعيل بن الحسين بن أبي السنان أبو محمد الموصلي ولد بها سنة إحدى وخمسين وخمسمائة وتفقه على ابن مهاجر والعماد بن يونس وغيرهما قال للذهبي كان إماماً فاضلاً ديناً عارفاً =

القاضي الحسين أنه يسجد، وهو ما ذكر الإمام أن في بعض الطرق إشارة إليه.

ومنها: مستمع قراءة الجنب والسكران، ففي فتاوى القاضي الحسين أنه لا يسجد، خلافاً لأبي حنيفة، لكن الأصح في «الروضة» سجود مستمع، المحدث.

قاعدة: «من نوى في أثناء العبادة إبطالها أو الخروج منها بطلت إلا: الحج، والعمرة، وكذا الصوم ـ في أصح القولين ـ والوضوء والاعتكاف ـ على الأصح فيهما أيضاً.

قاعدة: النفل: لا يقتضي واجباً.

وإن شئت قل: شيء من النفل لا يكون بواجب.

نعم قد يكون بحيث لا تتقوم ماهية النفل، وتتأدى ماهية السنة إلا به، كالركوع والسجود في النافلة، فإنه لا بد منه، وإلا لخرجت عن كونها صلاة، ولا نسميه واجباً وإن شئت قل ـ بعبارة أعم من هذا ـ ما ليس بواجب لا يقتضي واجباً.

ومن ثم لما ادعى ابن الحداد إيجاب ركعتي الطواف في الطواف الذي هو سنة ـ كطواف القدوم ـ غلطه جماهير الأصحاب.

وقال الإمام: ما أراه يصير إلى إيجابهما ـ على التحقيق ـ ولكنه رآهما جزءاً من الطواف، وأنه لا يعتد به دونهما.

قال: وقد قال ـ في توجيه قوله ـ: «لا يمتنع أن يشترط في النفل مما يشترط في الفرض، كالطهارة وغيرها».

إذا عرفت هذا، علمت أن النافلة لا تقتضي وجوباً وقال البغوي ـ في توجيه كلام ابن الحداد ـ يجوز أن يكون الشيء غير واجب ويقتضي واجباً، كالنكاح غير واجب ويقتضي وجوب النفقة والمهر.

قلت: ولعل هذا لا يرد على الإمام، فإنه قد أشار إلى كونه مستثنى في «باب الوليمة» إذ قال: ليس في الشرع إباحة تفضي إلى اللزوم، إلا في النكاح وقد قدمنا ذلك عنه في أصوله التي طال تصريحه بها.

= بالمذهب، توفي بالموصل في شعبان أو رمضان سنة ثلاثين وستمائة.
ابن السبكي ٥ / ١٥٦، شذرات الذهب ٥ / ١٤٣، ابن قاضي شهبة ٢ / ٩٢، الأعلام ٨ / ١٦٩.

إن الخارج عن القواعد المعدودة من المستثنيات، لا يرد نقضاً، وما هو ـ من حيث خروجه عن المنهاج ـ إلا بمنزلة الشاذ النادر ولكن كتاب القواعد كفيل بذكر المستثنى ـ وإن شذ وخرج عن المنهاج ـ لأن المقصود به ضبط معاقد الفروع.

وقد يضم إلى النكاح مسائل.

منها: الصلاة على النبي ﷺ في النافلة، وما هي عندي إلا كبقية الأركان من الركوع، والسجود، والتشهد الأخير.

ومنها: مسائل أخر في الأصل.

وقريب من هذه القاعدة ما يقوله الفقهاء: النفل لا ينقلب واجباً.

يذكرون ذلك عند البحث مع الخصوم فيما إذا شرع في صلاة تطوع أو صوم هل يجب عليه الإتمام؟

وحضرت إليَّ من مدة ـ أسئلة من بعض فقهاء الموصل [نظمها][1] قصيدة دالية كلها ألغاز فقهية وأرسلها إليَّ.

منها: والنفل كيف يصير حتماً لازماً. فكان جواب هذا البيت من نظمي.

والنفل يصلح واجباً في بالغ   وسط الصلاة أو الصيام فعدد

قاعدة: المحافظة على فضيلة تتعلق بنفس العبادة أولى من المحافظة على فضيلة تتعلق بمكان العبادة[2].

ومن ثم مسائل:

منها صلاة النفل داخل الكعبة أولى منها خارجها وكذا الفرض إن لم يرج جماعة، فإن رجاها فخارجها أفضل قاله في الروضة.

ومنها: الصلاة في الجماعة خارج المسجد أولى منها في المسجد منفرداً، قاله الرافعي في كتاب الحج عند ذكر هذه القاعدة في سنن الطواف.

ومنها: الرمل مع البعد عن البيت أفضل من القرب بلا رمل، إلا أن يكون في

---

(١) في «ب» تضمنها.

(٢) قال النووي رحمه الله في شرح المهذب هذه قاعدة مهمة خرج بها جماعة من أصحابنا وهي مفهومة من كلام الباقين.

حاشية المطاف نساء ولم يأمن ملامستهن لو تباعد، فالقرب بلا رمل أولى من البعد مع الرمل حذراً من انتقاض الطهارة، وكذا لو كان بالقرب ـ أيضاً ـ نساء وتعذر الرمل في جميع المطاف لخوف الملامسة فتركه أولى.

ومنها: النفل في البيت ـ لبعده عن الرياء ـ أفضل منه في المسجد ولو [في][1] مسجد النبي ﷺ.

كذا مثل في «شرح المهذب» وسكت عن المسجد الحرام، وما أرى ذلك إلا اتباعاً لقوله ﷺ: «صلاة المرء في بيته أفضل من الصلاة في مسجدي هذا إلا المكتوبة» أخرجه أبو داود[2] فحافظ النووي رحمه الله على لفظ الحديث، ثم المضاعفة في جميع حرم مكة بخلاف المدينة.

وتعليلهم ـ تفضيل نافلة البيت بالبعد عن الرياء استنباط ـ في الحقيقة ـ لمعنى مأخوذ من هذا الحديث ومن قوله ﷺ «عليكم بالصلاة في بيوتكم، فإن خير صلاة المرء في بيته إلا الصلاة المكتوبة» أخرجه البخاري ومسلم[3].

وفيما وجدته منقولاً عن القاضي أبي الطيب استثناء من هو ساكن في المسجد ـ قال فصلاته في المسجد أولى.

قلت: إن كان يريد من بيته قطعة من المسجد، فذاك اجتمع فيه الأمران ولا شك أن صلاة هذا في هذا البيت أولى.

وإن أراد من له باب إلى المسجد فأقول: الذي يظهر أنه متى تساوى المسجد والبيت في البعد عن الرياء ـ ويظهر هذا كثيراً فيمن له باب إلى المسجد ـ فإنه يخرج ليلاً إليه بحيث لا يبصره أحد.

ومن عنده مسجد مهجور ـ لا يراه فيه أحد، وربما كان مفتاحه معه فالمسجد أفضل. ولعل إلى هذا القبيل أشار الشيخ أبو إسحاق، حيث ذكر في المهذب أن تطوع البيت بالنهار أفضل وقد تعجب منه النووي وغيره في تخصيصه بتطوع النهار، وقال

---

(١) سقط في «ب».

(٢) ١ / ٢٧٤ في الصلاة / باب صلاة الرجل التطوع في بيته (١٠٤٤).

(٣) البخاري ٢ / ٢١٤ في الأذان / باب صلاة الليل (٧٣١) ومسلم ١ / ٥٣٩ في صلاة المسافرين / باب استحباب صلاة النافلة في بيته (٢١٣ / ٧٨١).

النووي: كان ينبغي أن يقول: وفعل التطوع في البيت أفضل ـ كما في التنبيه.

قلت: ويمكن أن يقال: أشار بلفظ النهار إلى أن التطوع في البيت ـ حيث يظهر التطوع بالمسجد ـ أفضل. لا حيث يخفى ـ وهو حسن، وإياه نعتقد، فرحم الله الشيخ أبا إسحاق ما أحسن احترازه، وما أفحل كلامه وما أضبط ألفاظه.

فإن قلت: فهذا خروج عن ظاهر الحديث، وتخصيص لعمومه.

قلت: كما أخرجت الرواتب فإن المفهوم من كلام أكثرهم أن فعلها في المسجد أولى، والمفهوم من كلام آخرين خلافه.

والحاصل: أن بعضهم أخرجها للمعين، وهذا أمثلها.

قاعدة: «ما لا يدخل الشيء ركناً، لا يدخله جبراناً».

وهذه قاعدة ذكرها إمام الحرمين. حيث قال في كتاب الجنائز من «النهاية» «قطع الأئمة بأنه لو سها في صلاة الجنازة لم يسجد للسهو، لأنه لا مدخل للسجود في هذه الصلاة ـ ركناً ـ فلا يدخلها جبراناً». انتهى.

وأنا أقول: هذا منقوض بالدماء الواجبة في الحج جبراناً فإنها لا تدخله ركناً، إذ ليس الدم ركناً في الحج، ويدخله جبراناً إلا أن يقال: إنما يجبر الدم ما أوجب لأجل تقويته. مما لا يفوت بفواته الحج، كالرمي، إذ ليس في أركان الحج ما يجبر بدم، فلم يدخل الدم نفس الحج.

ومنقوض ـ على القديم ـ بالدينار الواجب على من وطىء حائضاً في إقبال الدم والنصف في إدباره، إذ ليس في الوطء مال، وقد وجب الدينار جبراناً.

إلا أن يقال: إن الوطء مقابل بالمهر، إذ لا يخلو عن عفو أو عقوبة.

ولو قيل: «ما لا يدخل الشيء مشروعاً فيه، لا يدخله جبراناً» كان غير منقوض بشيء فيما يظهر.

قاعدة: قال صاحب التلخيص: «كل عبادة واجبة إذا تركها الإنسان لزمه القضاء والكفارة إلا واحدة».

وهي: الإحرام لدخول مكة ـ أي على أصح القولين ـ وعلل بوجهين.

أحدهما: عدم إمكانه لأن الدخول الثاني يوجب إحراماً آخر.

والثاني: أن الإحرام تحية البقعة، فلا يقضى كتحية المسجد وأورد على صاحب التلخيص أنه بقيت صور.

منها: قول الأصحاب فيمن نذر صوم الدهر فأفطر يوماً أنه لا يمكنه قضاؤه ولا شك أنه بعد تسليم حكمه وارد، غير أن في صدري منه حسيكة ولم لا يمكن؟

وقد يقول الناذر: أنا أقضي اليوم الفائت فيما استثنى من الدهر، ولم يحرم الصوم فيه، ولا وجب، وذلك كأيام السفر والمرض.

ولا جواب لهذا إلا أنهم قالوا: «الواجب بالنذر، لا يزيد على الواجب بالشرع».

ولذلك قال الإمام: لو نذر المريض القيام في الصلاة، وتكلفت المشقة، أو نذر صوماً، وشرط أن لا يفطر بالمرض، لم يلزم الوفاء. ولكن يمكن أن يقال في جواب هذا.

الجواب: أن غاية هذا أنه لا يجب الصوم، لئلا يزيد النذر على واجب الشرع، ولكن لم قلتم: لا يصح أن يقضي في هذه الأيام ما فات في غيرها، لا سيما إذا كان فائتاً بغير عذر، ويكون قضاؤه مسقطاً لوجوب الفدية.

بل أقول: لم لا يجب ما يمكن قضاؤه في الأيام التي صح نذر الصوم فيها كما إذا نذر الدهر فأفطر يوم الاثنين وجب قضاؤه يوم الثلاثاء، فنوى ـ تلك الليلة أن يصبح صائماً ـ قضاء عن اليوم الفاضل. وهو الاثنين لا وفاء بالنذر، ويكون هذا عاصياً بترك صوم يوم الثلاثاء المنذور، كما عصى بترك الاثنين إن كان تركه بلا عذر، ومطيعاً من جهة أنه قاض لليوم الفائت.

وليس للفقهاء، جواب عن هذا إلا بأن هذا اليوم تعين بنذره السابق لأداء المنذور، ولذلك لو نذر الصوم يوماً آخر ـ بعد هذا النذر ـ لم يصح.

ولكن هذا الجواب يرده تصريحهم في باب النذر بأن اليوم المعين بالنذر وإن عيناه ـ لا تثبت له خواص رمضان، بل لو صامه عن قضاء أو كفارة صح بلا خلاف. كذا عزاه الرافعي إلى الإمام، وحكى فيه وجهاً عن البغوي. ،

ومنها: من نذر أن يحج كل سنة ـ وهو كنذر صوم الدهر ـ، ومن نذر أن يصلي جميع الصلوات في أوائل أوقاتها فأخر واحدة، أو أن يتصدق بفاضل قوته كل يوم فأتلف

فاضل بعض الأيام، ونفقة القريب إذا وجبت فترك بعض الأيام، وإذا نذر أن يعتق كل عبد سيملكه وملك عبيداً، ومات ولم يعتقهم ـ فإنهم لا يعتقون ومن ترك رد السلام، ومن فر من الزحف من اثنين غير متحرف لقتال أو متحيز إلى فئة، إذ لا يمكنه القضاء، فإنه متى لقي اثنين ممن يجب قتالهما بهذا اللقاء. لا قضاء، وإمساك يوم الشك إذا ثبت أنه من رمضان، فإنه يجب إمساكه ـ على المذهب ـ ولو ترك الإمساك لم يلزمه لتركه قضاء، ولا كفارة، وإنما يجب قضاء اليوم الفائت من رمضان.

وعدم القضاء في هذه الصور كلها، لعدم تصوره ولعل ابن القاص نبه بمسألة الإحرام لدخول مكة. على نظيرها مما يفوت القضاء فيه لعدم إمكانه.

ونقول فيمن وجب بالنذر أن الكلام في الواجب بالأصالة، وفي نفقة القريب، أنه لا يطلق عليها عبادة بل غرامة ـ وإن لم يخرج عن الطاعة ـ فإنه ليس كل واجب يطلق عليه لفظ العبادة ـ ألا ترى أن قضاء الدين واجب، ولا يعد في العبادات.

قاعدة: «كل ما حرم في الإحرام ففيه الكفارة».

إلا في عقد النكاح، وشراء الصيد، واتهابه، لا يصح ولا يجب فيه شيء ووضع اليد عليه ما دام حياً وتنفيره ما لم يمت فيه، وأكله، والصياح عليه ـ على أحد الوجهين ـ والاستمناء في وجه. . . .

قاعدة: الأصل براءة الذمة.

قاعدة: الأصل في الميتات النجاسة. ويستثنى السمك والجراد وميتة لا نفس لها سائلة ـ على الخلاف في ذلك ـ ونحو ذلك.

قاعدة: «الأصل في الحيوانات الطهارة».

ويستثنى: الكلب والخنزير وفروعهما، وفروع أحدهما.

قاعدة: الجمادات طاهرة، إلا المستحيل إلى نتن أو إسكار.

قاعدة: قال الأصحاب رحمهم الله: «ما اقتضى عمده البطلان اقتضى سهوه السجود إذا لم يبطل».

وقولنا: «إذا لم يبطل» فيه زاده صاحب التتمة والتهذيب فيما نقله الرافعي عنهما

وبه خرج الحدث، فإن سهوه يبطل كعمده ولا سجود، وكذا كثير الكلام والفعل ـ على الأصح ـ ويستثنى من القاعدة مسائل:

منها: إذا تنفل على الدابة فحولها عن صوب مقصده وعاد قريباً متعمداً بطلت.

وإن نسي: فقد صحح النووي في «شرح المهذب» أنه لا يسجد لكن صحح الرافعي في «الشرح الصغير» أنه يسجد، وهو المذكور في الحاوي الصغير.

قال الأصحاب: «وما لا يبطل عمده، لا يسجد لسهوه».

قال الرافعي: «ويستثنى منه ما إذا أطال الركن القصير بغير الفاتحة، أو قرأ الفاتحة في الركوع أو السجود أو قرأ التشهد في القيام، أو كرر الفاتحة مرتين، فإنه يسجد للسهو على الأصح، ولا تبطل ـ بعمده ـ الصلاة ـ على الأصح.

قلت: ويستثنى أيضاً مسائل.

منها: لو عمل قليلاً ـ لا من جنس الصلاة ـ عامداً لا تبطل صلاته ولو سها به. سجد للسهو.

ومنها: لو قنت قبل الركوع. لم تبطل، والأصح أنه يسجد.

ومنها: إذا نوى المسافر القصر، ثم قام إلى الثالثة ـ عامداً ـ بنية الإتمام لم تبطل صلاته، ولو قام ساهياً ـ سجد للسهو، كذا ذكره صاحب البحر في باب صلاة المسافر، وقال: إنه فرع غريب.

ومنها: على القول باختصاص القنوت بالوتر في النصف الأخير من رمضان إذا قنت في غيره سجد للسهو، ولو تعمده لم تبطل. ولكنه مكروه، كما ذكره الرافعي في باب صلاة الجماعة ـ.

ومنها: إذا قرأ غير الفاتحة في الركوع أو السجود ساهياً سجد للسهو كما ذكر القاضي أبو الطيب وغيره من العراقيين، ولكن حكى الماوردي فيه وجهين، ثم عمده لا يبطل قطعاً.

ومنها: إذا ترك التشهد الأول ـ ناسياً ـ وذكره بعد ما صار إلى القيام أقرب، فإنه يعود إليه ويسجد للسهو على الأصح، مع أنه لو تعمده لم تبطل وقد أورد القاضي الحسين هذا الضابط على نوع آخر جعل فيه الفرع أصلاً فقال: «كل عمل يلزمه سجود

السهو إذا أتى به ساهياً، فإذا أتى به عامداً بطلت صلاته، وكل عمل قلنا لا يلزمه سجود السهو، لا تبطل صلاته إذا فعله عمداً».

وليس بين لفظ الأصحاب ولفظه معاكسة ولا مخالفة غير أنك إن جريت على لفظ الأصحاب عددت المسألة من قواعد باب سجود السهو. وإن جريت على لفظ القاضي عددتها من باب ما يفسد الصلاة وما لا يفسدها ولكن القاضي لم يذكرها إلا في باب سجود السهو من التعليقة ولا بأس بذكرها في البابين لكن في باب سجود السهو على الصورة التي ذكرها الأصحاب، وفي باب المفسدات على الصور التي ذكرها القاضي. وهذا شبيه بصنع الشيخ أبي إسحاق، حيث قاس في الرد بالعيب على الشفعة وفي الشفعة على الرد بالعيب.

قاعدة: «إذا سها الإمام في صلاته، لحق سهوه المأموم».

قال الرافعي: ويستثنى صورتان.

إحداهما: إذا تبين له كون الإمام جنباً فلا يسجد لسهوه، ولا يتحمل ـ وهو ـ عن المأموم أيضاً.

الثانية: أن يعرف سبب سهو الإمام ويتيقن أنه مخطىء ـ في ظنه ـ كما إذا ظن ترك بعض الأبعاض والمأموم يعلم أنه لم يترك فلا يوافق الإمام إذا سجد. وقد تكلم كل من الشيخ الإمام وشيخه ابن الرفعة رحمهما الله على هذا الاستثناء.

أما الصورة الأولى: فأنكر ابن الرفعة استثناءها وقال: الجنب ليس بإمام وأثبته الشيخ الإمام وقال استثناؤها صحيح.

والشيخ الإمام لم ينظر كلام ابن الرفعة ـ أنا أعرف ذلك ـ لو نظره لبين وجه الرد عليه.

وأقصى ما تلمحت لترددها تردد الأصحاب في أن المحدث إذا كان إماماً في جمعة هل يصح؟ أو يفرق بين أن يتم به العدد، أو لا؟ وفي أن الصلاة خلفه هل هي صلاة جماعة أو فرادى؟ فهذا الخلاف صالح لأن يكون أصلاً لهما.

وأما الثانية: فتوافقا على إنكارها، ثم اختلف تقريرهما.

فابن الرفعة قال: ما أتى به الإمام ليس بسجود سهو، بل هو سجود يقتضي أن

يجبر بسجود آخر قال: والاستثناء فيها: كما قال صاحب التلخيص فيما إذا سجد في صلاة الجمعة، ثم بان لهم أن الوقت خارج، ينويها ظهراً، ويعيدون السجود.

واعترضوا على صاحب التلخيص بأنه لم يكن السجود فيها جائزاً، وإنما هو صورة السجود. انتهى.

والشيخ الإمام رحمه الله قال: فذلك يقتضي سجود سهو على الإمام على الأصح لزيادته سجدتين سهواً.

فإن قلنا بذلك لم يخرج سهو الإمام عن اقتضائه السجود في حق المأموم.

وإن قلنا: بأن الإمام لا يسجد لمثل ذلك فلا حاجة إلى استثنائها، لأن الإمام لم يحصل منه سهو مقتضى السجود «انتهى».

وهذا حق، فإن ما وجد من الإمام ليس بسجود سهو، وإنما هو على صورته كما قيل في الرد على صاحب التلخيص ـ وكأنه لم يرد بهذه الصورة إلا أن المأموم يتابع الإمام[1] لسهو ـ ظنه ـ والمأموم يعلم خطأ ظنه.

---

(١) في «ب» يتابع الإمام في سجوده لسهو ظنه.

كتاب الزكاة

قاعدة: كل حق مالي وجب بسببين ـ يختصان به ـ فإنه جائز تعجيله بعد وجود أحدهما، وعبر الإمام في «النهاية» في الحج، في باب صوم المتمتع ـ عن هـذا بقوله: «كل كفارة مالية نيطت بسببين فيجوز تقديمها على السبب الثاني إذا تقدم الأول، قياساً على كفارة اليمين، فإنها إذا كانت مالية، جاز تقديمها على الحنث. انتهى.

وإن وجب بسبب وشرط، جاز تعجيله بعد وجود السبب.

وهذا أوضح، فإنه إذا قدم على السبب الثاني ـ وهو سبب ـ فإن تقدم على الشرط أولى وأحرى.

وما وجب بثلاثة أسباب، فلا يجوز تقديمه على اثنين منهـا بل لا بد من اثنين ثم جائز له تقديمه على الثالث.

وما وجب بسبب واحد، لا يجوز تقديمه عليه.

فهذه ثلاث قواعد نتكلم عنها في شرح الرابطة الأولى.

فنقول: خرج بقولنا: ما لي الحق البدني، فإنه إما مؤقت كالصلاة فلا يقدم على وقته، وجمع التقديم ليس بتقديم على الوقت، بل هو الوقت في تلك الحالة.

والصبي إذا بلغ في أثناء الوقت بعـدما صلى تجزيه الصلاة، وليس فعله تقديماً وتعجيلاً.

وإما غير مؤقت، كالصيام في الكفارات، والصحيح أنه لا يجوز تقـديمه على سببه، وفي وجه أنه يجوز التكفير بالصوم قبل الحنث، قال الإمام في الأساليب:

وهو الذي يليق بطريق الأسلوب.

وقولنا يختصان به احتراز عن الإسلام والحرية، فإنهما لا يختصان بما يجب فيه، كزكاة الفطر ليس للإسلام والحرية بهما خصوصية والزكوات كذلك قبل الحج، وأمور كثيرة.

القول في ذي السببين أو السبب والشرط

فيه صور:

منها: كفارة اليمين وقد قدمناها عن الإمام، وهي أم المسائل، فيجوز إخراجها بعد اليمين وقبل الحنث، لأنها وجبت باليمين والحنث، ولا تجوز قبل اليمين، لتقديمها على السببين.

ومنها: زكاة الفطر يجوز تعجيلها في جميع رمضان، لأنها وجبت بأمرين يختصان بها، وهما: إدراك رمضان والفطر، ولا يجوز قبل رمضان، التقديم على السببين.

ومنها زكاة المواشي، والنقدين، والعروض فإنها تجب بسببين يختصان بها، وهما: الحول والنصاب، فيجوز تعجيلها قبل الحول، ولا يجوز قبل كمال النصاب، والأصح أنه لا يجوز تعجيل زكاة عامين، لأنه لم يتحقق وجود واحد من السببين بالنسبة إلى العام الثاني.

ومنها: إراقة دم التمتع بعد الشروع في الحج وقبل العيد جائز عندنا خلافاً لأبي حنيفة حيث قضى بأنه يتأقت بأيام النحر.

وفي جواز الإراقة بعد التحلل من العمرة وقبل الشروع في الحج قولان أو وجهان: أصحهما الجواز، لأنه حق مالي تعلق بسببين، وهما، الفراغ من العمرة، والشروع في الحج، فإذا وجد أحدهما جاز إخراجه، كالزكاة والكفارة.

ومنها: كفارة القتل تجوز بعد الجرح وقبل الموت، وإن لم يكن جرحه لم يجز بلا خلاف.

«القول في ذي الأسباب»

وفيه صور:

منها: على قول ابن أبي هريرة: الظهار، وذلك أن الكفارة بالظهار إذا وجد العود يجب بالعود والظهار شرط، أو بالظهار والعود شرط أو بهما فيه وجوه. وعلى القول بأن

العود سبب، والظهار شرط قال ابن الرفعة، ينبغي أن لا يجزىء التكفير قبله قال: وقد حكاه البندنيجي وجهاً.

وعلى القول بأنهما سببان، لا يجوز تقديمها على الظهار، ويجوز على العود وذهب ابن أبي هريرة، إلى أنها تجب بثلاثة أسباب: عقد النكاح، والظهار والعود، ووافق على أنه لا يجوز تقديمها على الظهار. قال: ولا يجوز تقديمها على الظهار قال: وإن كان بعد النكاح لبقاء سببين من ثلاثة أسباب. وحكى صاحب البحر في باب تعجيل الصدقة وجهاً أنه يجوز تقديمها على الظهار قال: ولا يجوز تقديم كفارة الجماع في صوم رمضان على الجماع بلا خلاف.

القول في ذي السبب الواحد

وله صور.

منها: تقديم ـ الشيخ الهرم، والحامل، والمريض، الفدية على رمضان.

ومنها: لو أراد بالحج تقديم الجزاء على قتل الصيد، فإن كان جرحه فالمذهب الجواز لوجود سبب القتل، وإلا فالمذهب أنه لا يجوز، لأنه لم يوجد شيء من أسبابه، والإحرام ليس بسبب لوجوب الجزاء، ومن أصحابنا من وجد فيه وجهاً آخر، وهو ضعيف.

هذا كلام صاحب البحر بنصه.

وأمثلة هذا الفصل تكثر، ويستثنى منه مسألة واحدة: وهي إذا اضطر المحرم إلى صيد فقدم الجزاء، فإن الشافعي جوزه قبل الجرح، وليس لأنه جعل الإحرام أحد سببيه، إذ لو كان كذلك لجوزه قبل الجرح، إذا لم يضطر إليه، وهذا لا يجوز.

قاعدة: قال الشيخ أبو حامد: المبادلة توجب استئناف الحول في الزكاة إلا في أربع مسائل:

إحداها: إذا باع سلعة للتجارة، بسلعة للتجارة.

والثانية: إذا باع سلعة للتجارة بأحد النقدين وكان نصاباً.

والثالثة: إذا باع سهماً من سلعة للتجارة بأحد النقدين [**وكان**][1] نصاباً.

---

(١) في «ب» وذلك.

والرابعة: إذا بادل دراهم بدنانير، أو دنانير بدراهم على الصحيح.

قاعدة: قال الشيخ أبو حامد: «لا يجب في عين واحدة زكاتان»[1] إلا في ثلاث مسائل:

منها: العبد المسلم للتجارة، تجب فيه زكاة التجارة والفطر.

قلت: هنا من الزكاة نوعان مختلفان.

ومنها: من له نصاب وعليه دين بمثله يعني: فأظهر الأقوال وجوب الزكاة.

قلت: لكن الذي وجبت فيه الزكاة على المدين هو النصاب الذي في يده، والذي وجبت فيه الزكاة على رب الدين والنصاب الذي في ذمة المدين، فلا عين واحدة فيها زكاتان، بل عين ودين، ولذلك كان الصحيح ـ تفريعاً على أن الدين يمنع الزكاة ـ أن سببه ضعف ملك المدين، لا التأدية إلى تثنية الزكاة.

ومنها: واجد اللقطة إذا تملكها بعد التعريف ممن عليه زكاتها ـ على الأصح ـ، وعلى صاحبها ـ أيضاً ـ زكاتها.

قلت: ليس على صاحبها زكاتها إذا تملكها الملتقط، لكن قال الأصحاب إنه يستحق قيمتها على الملتقط ـ قالوا: ففي وجوب زكاة القيمة عليه خلاف من وجهين:

أحدهما: كونه ديناً.

والثاني: كونه مالاً ضالاً.

وزاد الرافعي: كونه معرضاً للسقوط، لأن الملتقط لو رد اللقطة يعين على المالك القبول، وفي تمكن المالك من استردادها ـ قهراً ـ خلاف، الأصح له ذلك.

قلت: فظهر أن العين الواحدة ليس فيها زكاتان، إلا في عبد التجارة حيث تجب فيه ـ مع زكاة التجارة ـ زكاة الفطر، وموردهما مختلف وهما نوعان.

قاعدة: يعتبر الحول في الزكاة إلا في مسائل:

منها[2]:

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٤٤.

(٢) بياض في النسختين «أ»، «ب» وتكميلاً للفائدة قلت ومنها نتاج النصاب فإنه يزكى بحول أمه بشروط ثلاثة أحدها: أن يكون الأصل نصاباً، الثاني: أن يكون متولداً منها، الثالث: أن يوجد قبل الحول فإن فقد شرط منها لم يزك بحول الأصل وتؤخذ زكاتها منها صغيرة كالمريضة من المراض فيؤخذ من خمس =

فائدة: تكون الأرض خراجية في صورتين.

إحداهما: أن يفتح الإمام بلداً ـ قهراً ـ ويقسمها بين الغانمين، ثم يعوضهم عنها، ثم يقفها على المسلمين، ويضرب عليها خراجاً.

والثانية: إن فتح بلداً ـ صلحاً ـ على أن تكون الأرض للمسلمين، ويسكنها الكفار بخراج معلوم، فالأرض تكون فيئاً للمسلمين، والخراج عليها أجرة، لا تسقط بإسلامهم.

وكذا: إذا انجلى الكفار عن بلدة، وقلنا: إن الأرض تصير وقفاً على مصالح المسلمين، فيضرب عليها خراج، يؤديه كل من يسكنها، مسلماً كان أم ذمياً. فأما إذا فتحت ـ صلحاً ولم يشترط كون الأرض للمسلمين، ولكن تسكن بخراج، فهذه جزية ـ تسقط بالإسلام.

وأما البلاد التي فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين وثبتت في أيديهم وكذا التي أسلم أهلها عليها، والأرض التي أحياها المسلمون فكلها عشرية وأخذ الخراج منها ظلم لا يقوم مقام العشر فإن أخذه الإمام على أن يكون بدلاً عن العشر فهو كأخذ القيمة بالاجتهاد، والأصح سقوط الفرض به.

قاعدة: من وجبت عليه فطرته وجبت عليه فطرة كل من تلزمه نفقته إذا كانوا مسلمين ووجد ما يؤدي عنهم.

إلا في مسائل[1].

منها: زوجة أبيه التي تلزمه نفقتها، ومستولدته لا يلزمه فطرتها على الأصح.

ومنها: زوجة الابن لا تجب فطرتها وإن أوجبنا نفقتها.

= وعشرين فصيل ومن ست وثلاثين فصيل ومن أربعين فصيل بالنسبة إلى المخرج منه.

ومنها: ربح مال التجارة إن لم ينض ومنها المعدن سواء كان في أرض مباحة أو مملوكة له، ولو ملك منه دون نصاب وعنده من جنسه نصاب أو دونه ولم يتم حول فيما عنده فالأصح الضم حتى يخرج واجب المعدن في الحال لتشابه الزكاتين في اتحاد المتعلق، ومنها الركاز الذي ملك منه نصاباً وجب خمسة في الحال.

انظر الشرح الكبير ٥ / ٣٨١ ـ ٦ / ٩٦ الروضة ٢ / ٢٦٩.

(١) الأشباه للسيوطي ٤٤٤، الاعتناء / باب زكاة الفطر.

ومنها: البائن الحامل، إذا قلنا: النفقة للحمل، لا تجب فطرته[1].

ومنها: خادم الزوجة إذا كانت ممن تخدم، صحح الإمام أنه لا تجب فطرتها وإن كانت نفقتها واجبة.

قاعدة: من وجبت نفقته على غيره وجبت عليه فطرته وإلا فلا.

قاعدة: قال الشيخ أبو حامد: «لا تؤخذ القيمة في الزكاة إلا في أربع مسائل.

إحداها: أموال التجارة.

الثانية: في الجبران في الشاتين، أو العشرين درهماً:

الثالثة: في أصناف الثمار بالقيمة، نعني إذا اختلفت أنواع الزروع والثمار، وفي المسألة أقوال أربعة.

الرابعة: في الشاة عن خمس من الابل.

قلت: يعني إذا لم توجد قيمتها، وكذلك لو وجبت بنت مخاض أو ابن لبون ولم يجدهما - لا في ماله، ولا بالثمن - فإنه يعدل إلى القيمة.

قلت: وبقيت صور.

منها: إذا اجتمع في ماله فرضان:

كالمائتين فيها أربع حقائق، أو خمس بنات لبون، وكانا عنده بصفة الإجزاء فالمذهب أنه يجب إخراج الأغبط للمساكين - فإن أخرج غير الأغبط كان الفضل يسيراً، لا يمكنه أن يشتري به جزءاً، تصدق بالدراهم، وكذا إن أمكنه في الأصح، لسوء المشاركة.

ومنها: لو قطعت الثمار رطبة، للخوف من العطش، وقلنا بالأصح انه لا يجوز قسمها مقطوعة - جاز أخذ قيمة العشر في وجه.

ومنها: لو ضمن الزكاة بتلفها بعد التمكن أو إتلافها، فقضية كلام الرافعي

---

(١) الشرح الكبير ٦ / ١٤٠ قال النووي في الروضة، الذي قطع به الأكثرون أن وجوب الفطرة مبني على الخلاف في أن النفقة للحامل أو للحمل إن قلنا للحامل وجبت وإلا فلا وهذا مبني على ما إذا كانت الزوجة حرة فإن كانت أمة وقلنا النفقة للحمل فلا فطرة لأنه ملك للسيد وإن قلنا للحامل وجبت سواء رجحنا الطريق الأول أو الثاني فالمذهب الوجوب لأن النفقة للحامل على الأظهر. شرح المهذب ٦ / ١١٧، الشرح الكبير ٦ / ١٤١ - ١٤٢.

والنووي إيجاب القيمة في المتقوم، كقيمة شاة في خمس من الإبل وصحح الشيخ الإمام الوالد ـ رحمه الله أن الواجب كما كان قبل التلف، فيضمن شاة.

ومنها: قال الإمام ـ في آخر باب النية، في الصدقة: لو وجبت شاة ثم تلف الأربعون بعد الإمكان وعسر الوصول إلى الشاة ومشت حاجة المساكين.

فالظاهر عندي أنه يخرج القيمة للضرورة الداعية، كما لو أتلف مثلياً ثم أعوزه.

قاعدة: ذكرها الأصحاب في كتاب الصيام الحقوق المالية الواجبة للّٰه تعالى ثلاثة أضرب:

ضرب يجب لا بسبب من العبد فإذا عجز عنه، وقت الوجوب لا يثبت في الذمة، بل يسقط وذلك كزكاة الفطر.

وضرب: يجب بسبب من جهته ـ على سبيل البدل ـ فيثبت في الذمة، تغليباً لمعنى الغرامة، كجزاء الصيد، ولم يستثن صاحب التقريب جزاء الصيد.

قال الإمام: وترك استثنائه منه غفلة.

قال: ولا ينبغي أن يعتقد فيه خلاف.

قلت: وكذلك فدية الحلق في الحج.

وضرب: يجب بسببه ـ لا على وجه البدل ـ فقولان:

أصحهما: أنه يثبت في الذمة إلحاقاً بجزاء الصيد لأنها مؤاخذة على فعله، قال الرافعي: فعلى هذا متى قدر على إحدى الخصال لزمته.

والثاني: أنه يسقط عند العجز كزكاة الفطر، واحتج له بأنه ﷺ لما أمر الأعرابي [أن](١) يطعمه أهله وعياله في حديث(٢) المجامع لم يأمره بالإخراج في ثاني الحال، ولو وجب ذلك لأشبه أن يبين [له](٣).

---

(١) في «ب» بأن.

(٢) انظر البخاري ٤ / ١٦٣ في الصوم / باب إذا جامع في رمضان (١٩٣٦) وفي ١٠ / ٥٠٣ في كتاب الأدب / باب التبسم والضحك (٦٠٨٧) وفي ١١ / ٥٩٥ ـ ٥٩٦ في كتاب كفارات الأيمان حديث (٦٧٠٩) وحديث (٦٧١٠) وحديث (٦٧١١) ومسلم ٢ / ٧٨١ ـ ٧٨٢ في الصيام / باب تغليظ تحريم الجماع في نهار رمضان (٨١ / ١١١١).

(٣) سقط في «ب».

قال الرافعي: ولمن رجح الثاني أن يقول: لم قلت ان المصروف إلى الأهل لم يقع تكفيراً، فإنا روينا وجهاً مجوزاً له عند الفقر.

وإن سلمنا ذلك، ولكن يحمل أن يكون الفرض باقياً في ذمته، ولم يبين له ذلك، لأن حاجته إلى معرفة الوجوب إنما تمس عند القدرة، وتأخير البيان إلى وقت الحاجة جائز.

قلت: وأوضح من دعوى تأخير البيان إلى وقت الحاجة، أن يقال لم يؤخر البيان، بل بين حيث أمر بالصدقة.

ومن ثم قال الشيخ الإمام الوالد رحمه الله: في الحديث ما يدل للوجه الصحيح، لأن الرجل أخبر النبي ﷺ بعجزه عن الثلاث، ثم أتى النبي ﷺ بفرق من تمر، فقال: خذ هذا، فتصدق به ولو لم تكن استقرت في ذمته لما أمره بالصدقة.

وكلام الشيخ الإمام ـ رحمه الله ـ هذا ـ متين، وبه يقع الانفصال على أمرين.

أحدهما: أن الرافعي قال: انه لا يمكن الاستدلال بخبر الأعرابي على الجمع في هذه الصورة ـ يعني على السقوط ـ وفي صورة صرف الكفارة إلى الأهل والعيال على الجواز، وإنما يمكن الاستدلال به في أحدهما لأن المأمور بصرفه إلى الأهل والعيال إما أن يكون كفارة أو لا يكون.

إن كان: لم يصح الاستدلال به في هذه الصورة.

وإن لم يكن: لم يصح في الصورة السابقة.

قال الشيخ الإمام: قول الرافعي ـ إن كان كفارة لم يصح الاستدلال به في هذه الصورة، ممنوع، لأن وقت الوجوب كان قد تقدم، فلو سقطت بالعجز حال الوجوب لما صرفت بعد ذلك، فالمأمور بصرفه إلى العيال إن كان كفارة صح الاستدلال بصرفه، والأصح الاستدلال بالأمر ـ قبل ذلك ـ بالتصدق به انتهى.

وأقول: هذا ـ على حسنه ـ لا يلاقي كلام الرافعي، لأن مراد الرافعي بتقدير كونه كفارة ـ أنه لا يصح الاستدلال به في هذه الصورة على عدم السقوط فإن الرافعي لم يذكر أن في الحديث دلالة عليه البتة. وإنما ذكر ذلك الشيخ الإمام ولا شك أنه متى كان كفارة دل على عدم السقوط، ومتى دل على عدم السقوط لم يستدل به على السقوط لأن بينهما تنافياً».

فكلام الشيخ الإمام صحيح، ولكن على طريقته، وهي أن الحديث يدل على عدم السقوط: وكلام الرافعي صحيح ولكن على طريقته وهي أن بعضهم احتج به للسقوط ولم يتحدث الرافعي في دلالته على عدم السقوط البتة. بل غايته أنه دفع الاحتجاج به على السقوط، أما أنه يقيمه دليلاً للثبوت فلا.

الأمر الثاني:

أن الإمام قال: بعدما حكى تردد الأصحاب في أن العلة إذا أفرطت تكون عذراً في ترك الصيام، أي الصيام الكفارة، وفي جواز صرفها إلى العيال الرأي عندنا إلحاق قصة الاعرابي برخصة خص الشارع بها معيناً، وكثيراً ما كان يفعل رسول الله ﷺ ذلك وهذا نحو قوله[1] ﷺ في قصة الأضحية «تجزىء عنك، ولا تجزىء عن أحد بعدك»، وجرى مثل ذلك في إرضاع الكبير[2]، وهذا ـ وإن كان على بعد ـ فهو أهون من تشويش أصول الشريعة، لقصة نقلها آحاد وأفراد ـ انتهى.

وحكاه عنه الرافعي، ثم اعترضه بأن مثل هذا التأويل إنما يصار إليه عند الاضطرار، ولنا عنه مندوحة.

ونعني فنقول: [من][3] أفسد يوماً بالجماع يجب عليه ـ مع الكفارة ـ قضاء اليوم.

فإن قيل: فالنبي ﷺ لم يأمر الأعرابي بالقضاء.

قلنا: روي أنه عليه السلام قال للرجل: «واقض يوماً مكانه»[4].

---

(١) البخاري ١٠ / ٢٢ في الأضاحي / باب الذبح بعد الصلاة (٥٥٦٠) مسلم ٣ / ١٥٥٢ ـ ١٥٥٣ في كتاب الأضاحي / باب وقتها (٥ / ١٩٦١) ٧ / ١٩٦١ (٨ / ١٩٦١) (٩ / ١٩٦١).

(٢) وهو من حديث عائشة رضي الله عنها أن سالماً مولى أبي حذيفة كان مع أبي حذيفة وأهله في بيتهم فأتت نعت (ابنة سهيل) النبي ﷺ فقالت: إن سالماً قد بلغ ما يبلغ الرجال وعقل ما عقلوا وإنه يدخل علينا وإني أظن أن في نفس أبي حذيفة من ذلك شيئاً فقال لها النبي ﷺ: أرضعيه تحرمي عليه ويذهب الذي في نفس أبي حذيفة فرجعت فقالت إني أرضعته فذهب الذي في نفس أبي حذيفة ـ مسلم ٢ / ١٠٧٦ في كتاب الرضاع / باب رضاعة الكبير (٢٧ / ١٤٥٣) (٢٦ / ١٤٥٣).

(٣) في «ب» فيمن.

(٤) أبو داود من حديث هشام بن سعد عن الزهري عن ابن مسلمة عن أبي هريرة وأعله ابن حزم بهشام وقد تابعه إبراهيم بن سعد كما رواه أبو عوانة في صحيحه والدارقطني من حديث أبي أويس وعبد الجبار بن عمر عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة وهو وهم منهما في إسناده وقد اختلف في توثيقهما وتخريجهما وله طريق آخر عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ومن طريق مالك عن عطاء=

ولا تصرف الكفارة للعيال، ويعتذر عن الحديث بمثل التأويلات المنقولة عن الإمام، وتستقر في الذمة عند العجز ويعتذر بما أوردناه ـ آنفاً ـ عن الرافعي. وأما العدول إلى الإطعام بعذر شدة الغلمة فهو الأصح جرياً على ظاهر الخبر، فاستغنينا فيه عن التأويل.

هذا حاصل كلام الرافعي، وفيه نظر من وجوه.

أحدها: أن غايته معارضة تأويل الإمام ـ حيث قال: يحتمل ويكون مخصوصاً بصاحب الواقعة ـ بتأويلات أبداها، وليس أحد التأويلين أولى من الآخر ما لم يظهر ترجيحه ولم يظهر.

والثاني: ان كلامه كالصريح في أن الحديث يستدل به على الصور الأربع، ومنها الصورتان المتنافيتان اللتان قدم هو أنه لا يمكن الاستدلال به إلا في إحداهما.

والثالث: أن قوله في اشتداد الغلمة: الصحيح الجريان على ظاهر الخبر لا حاجة إلى تأويل. لا يفيد جواباً عن دعوى الإمام ـ أنه مشوش لأصول الشريعة ـ وأن تأويل الحديث وصرفه عن ظاهره أولى من هدم القواعد، إذ لا جواب لهذا الكلام إلا بأن نبين أنه غير مشوش، لا أن يقال: إذا كان الأصح الإجراء على ظاهر الحديث، فلا حاجة إلى التأويل. فطريق الجواب، أن نبين أن القول بظاهر الحديث جار على منهج قياسي، لا يشوش أصول الشريعة ـ ولم يبين ذلك:

فإن قلت: فبقي كلام الإمام شديداً، ولم يقع عنه انفصال، وقد قدمتم وقوع الانفصال عنه.

قلت: إنما قدمنا وقوع الانفصال عنه في مسألة الاستقراء في الذمة عند العجز، ووجهه أن الحديث دال على الاستقرار على خلاف ما فهمه المخالفون.

وأما في مسألة الغلمة فلا وجه إلى التأويل الذي أبداه الإمام، والتزم أنه لا يجوز

= عن سعيد بن المسيب مرسلاً ومن حديث ابن جريج عن نافع بن جبير مرسلاً ومن حديث أبي معشر المدني عن محمد بن كعب القرظي مرسلاً وقال سعيد بن منصور ثنا عبد العزيز بن محمد عن ابن عجلان عن المطلب بن أبي وداعة عن سعيد بن المسيب جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله إني أصبت امرأتي في رمضان فقال رسول الله ﷺ تب إلى الله واستغفره وتصدق واقض يوماً مكانه.

العدول إلى الإطعام لغير ذلك المجامع، وهي طريقة الغزالي التي صححها في كتاب «الكفارات».

أو أن يقال: هب أن الحديث معارض بالقياس لكن العمل بظاهر الحديث أولى من القياس، وهو الأصح في الأصول. . . .

فائدة: كل[1] من أتى بأفعال العمرة سقطت عنه عمرة الإسلام قال الجرجاني: إلا في مسألتين.

قاعدة: كل دم يتعلق بالإحرام، يجب إراقته في الحرم إلا دم المحصر في الحل، والدماء اللازمة بارتكاب المحظورات، فإنه يجوز ذبحها في الحل، لأنه موضع تحلله، فهو كالحرم في حقه.

قاعدة: «كل جملة مضمونة بالمثل يكون النقص الداخل عليها بالجناية مضموناً بالأرش من القيمة دون المثل».

وفيه مسائل:

منها: لو جرح صيداً «له مثل» فنقص عشر قيمته لزمه عشر قيمة المثل، لا عشر المثل، وقيل: يجب عشر المثل إلا أن يتعذر.

ومنها: الطعام المغصوب إذا بله بالماء أو قلاه بالنار فإن عليه ارش نقصه من المثل.

القول في قواعد ربع البيع وما لعلنا نورده فيه من غيرها

فقد أشكلت حقيقة الملك على طوائف من النظار، وزل من قال منهم «إنه التصرف» لأن المحجور عليه يملك ولا يتصرف، كما أن الولي يتصرف ولا يملك والمختار في تعريفه: أنه أمر معنوي، وإن شئت قل: حكم شرعي مقدر في عين أو منفعة يقتضي تمكن من ينسب إليه انتفاعه به والعوض عنه من حيث هو كذلك.

أما قولنا: «حكم شرعي» فالإجماع عليه، ولأنه تبع الأسباب الشرعية فيكون حكماً شرعياً.

---

(١) سقط في «ب».

وأما «إنه مقدر» فلأنه يرجع إلى تعلق إذن الشرع، والتعلق عدمي ليس وصفاً حقيقياً، بل يقدر في العين أو المنفعة عند تحقق الأسباب المقيدة للملك.

وقلنا: وفي عين أو منفعة لأن المنافع تملك كالأعيان ويورد عليها عقد الإجارة.

وقولنا: يقتضي انتفاعه ليخرج تصرف القضاة والأوصياء، فإنه في أعيان أو منافع لا يقتضي انتفاعهم[1]، لأنهم لا يتصرفون لانتفاع أنفسهم، بل لانتفاع المالكين.

وقولنا: «والعوض عنه» يخرج الإباحات في الضيافات فإن الضيافة مأذون فيها، ولا يملك عوضاً عنها.

ويخرج أيضاً: الاختصاص بالمساجد، والربط مقاعد الأسواق، إذ لا ملك فيها مع التمكن من التصرف.

وقولنا: من حيث هو كذلك «إشارة إلى أنه قد يتخلف لمانع يعرض للمحجور عليهم. لهم الملك، وليس لهم التمكن من التصرف لأمر خارجي، فالقبـول الذاتي حاصل، فلا ينافيه العارض الخارجي.

واعلم أن هذا مختص بالملك المقيد، الذي لا يطلق عليه الملك إلا توسعاً وهو ملك العباد لما ينسب إليهم، والمالك في الحقيقة هو الله تعالى.

وقد قال أئمتنا: والعبارة لإمام الحرمين في الشامل: لا يتقرر في حق العباد ملك الرقاب ـ وإن أطلق توسعاً وتجوزاً بعد أن ذكر أن المرتضى عنده في معنى الملك أن المالك للشيء، من يجوز له فعله إذا كان مقتدراً عليه، ويتدرج في ذلك ـ على ما ذكر ـ ملك الله، وملك البشر ذكره في أثناء مسألة خلق الأفعال.

فصل

إذا عرفت حقيقة الملك فنذكر حقائق ألفاظ يكثر ترددها في ربع البياعات.

منها: الـذمة، وستعرفها في باب الفرائض، لأنه بها أمس.

ومنها: الصحة، وقد أغنانا الأصوليون عن تعريفهـا، غير أنـا نعرفـك. هنا أن الانعقاد والصحة في هذا الباب عبارتان عن معبر واحد ولا شك أن الانعقاد أثرها، فكأنه

---

(١) في «ب» زيادة وان شئت قلت.

عبر بالمؤثر عن الأثر وعكسه، فكل صحيح منعقد، وكل منعقد صحيح، ولا يقال في الفاسد: أنه منعقد، إلا مجازاً، فيقال: هذا عقد فاسد، حيث لا عقد حقيقي، ولكن صورة عقد.

ومنها: النفوذ، وهو عبارة عن انعقاده مؤثراً في المحل مبيناً لحكمه والباطل والفاسد بمعنى واحد عندنا لا ينفذ له حكم، ولا يثبت.

ومنها: اللازم وهو ما لا يقبل الفسخ، أو ما لا يتمكن من إبطاله قد يكون من جانبين، وقد يكون من جانب واحد ومنها: الجائز عكس اللازم.

ومنها: الفسخ، حل ارتباط العقد.

ومنها: الاستقرار، عبارة عن الأمن من سقوط الملك بسبب انفساخ العقد، أو فسخه، فإن الملك مستقر في كل من العوضين بعد قبضه وإن لم يؤمن زوال الملك بسبب الفسخ بالعيب.

وفي تعليق البندنيجي أن المستقر ما لا يخشى سقوطه بزوال سببه كثمن المبيع بعد قبض المبيع ـ على وجه الصحة ـ والأجرة بعد انقضاء المدة، والمهر بعد الدخول، والعوض في الخلع، وقيم المتلفات، وأروش الجنايات.

فائدة: الإيجاب والقبول هل هما أصلان في العقد، أو الإيجاب هو الأصل والقبول فرع؟

ورأيت في كلام الشيخ الإمام العلامة شمس الدين بن عدلان[1] رحمه الله حكاية خلاف في ذلك، ولم أر ذلك في كلام غيره، وقد كان رحمه الله عمدة من عمد المذهب يرجع إليه نقلاً وتصرفاً.

قال ـ وعليه بنى بعضهم: ـ ما إذا قال المشتري: بعني ـ فقال البائع: بعتك، هل

---

(١) محمد بن أحمد بن عثمان بن إبراهيم بن عدلان بن محمود بن لاحق بن داود شيخ الشافعية شمس الدين الكناني المصري المعروف بابن عدلان، ولد في صفر سنة ثلاث وستين وستمائة قال الإسنوي كان فقيهاً إماماً يضرب به المثل في الفقه عارفاً بالأصلين والنحو والقراءات ذكياً نظاراً فصيحاً يعبر عن الأمور الدقيقة بعبارة وجيزة مع السرعة والاسترسال ديناً سليم الصدر كثير المروءة.

ابن قاضي شهبة ٣ / ٥٤، الاسنوي ٣٤٠، الوافي ٢ / ١٦٨، حسن المحاضرة ١٥ / ٣٤١، الدرر الكامنة ٣ / ٣٣٣، شذرات الذهب ٦ / ١٦٤.

ينعقد؟ إن قلنا: بالأول صح، وإن قلنا بالثاني لم يصح، لأن الفرع لا يتقدم على أصله.

قلت: قاعدة مستنبطة:

كل قبول جائز أن يكون بلفظ قبلت، وباللفظ المحاكي للفظ الإيجاب أو المرادف للفظ الإيجاب.

فنقول في جواب بعتك، قبلت، أو ابتعت، أو اشتريت، وفي جواب أنكحتك: قبلت، أو نكحت، أو تزوجت، ونحو ذلك على ما تحرر في الفقهيات.

ولا يتعين اللفظ المحاكى إلا في مسألة واحدة، وفي غيرها على خلاف فيه أما المسألة المجزوم بها فإذا قال لها: إن ضمنت لي ألفاً فأنت طالق فلا بد أن تقول: ضمنت - على ما اقتضاه كلام الإمام والغزالي - ولا يكفي شئت بدل ضمنت - صرح به الأصحاب، ولا قبلت، صرح به ابن الرفعة، وناقش فيه الرافعي زاعماً أن كلامه اقتضى أنه يكفي.

والرافعي لم يقتض كلامه ذلك، وإنما قال: المراد بالضمان، هنا القبول والالتزام دون المفتقر إلى أصل فمراده بالقبول الالتزام - غير معترض على لفظه - نبه عليه الوالد.

وأقول: القول بأن لفظ قبلت لا يكفي، فيه نظر، فإن المعلق عليه هذا الضمان لا لفظه، فلم لا يكفي قبلت؟

وأما المختلف فيها.

فمنها: إذا قال: خالعتك بألف: فقالت قبلت الألف، صح.

قال الرافعي: وفي فتاوى القفال، أن أبا يعقوب غلط، فقال في حق المرأة: لا بد أن نقول: اختلعت والأجنبي لا يحتاج إليه.

هذا كلام الرافعي، وأبو يعقوب هو الأبيوردي[1] وقد وقفت على فتاوى

---

(١) يوسف بن محمد أبو يعقوب الأبيوردي، قال المطوعي تخرج بأبي طاهر الزيادي وصنف التصانيف السائرة والكتب الفاتنة الساحرة وما زالت به حرارة ذهنه وسلاطة وهمه وذكاء قلبه حتى احترق جسده ومن تصانيفه المسائل تفرغ إليه الفقهاء وتنافس فيه العلماء، قال السبكي: أحسبه توفي في حدود الأربعمائة ابن قاضي شهبة ١ / ١٩٩، السبكي ٥ / ٣٩٢، العبادي ص ١٠٩ معجم المؤلفين ١٣ / ٣٢٨.

القفال،وليس فيها زيادة على هذا،وقد فهم منه الوالد أن أبا يعقوب يشترط لفظ اختلعت ليوافق لفظ خالعت، وهذا يدل عليه قوله في حق المرأة: لا بد أن تقول: اختلعت. غير أنه يدفعه شيئان.

أحدهما: لفظ الألف في قول الرافعي: قبلت الألف، فإنه لو كان المراد اشتراط لفظ اختلعت دون قبلت لم يحتج إلى ذكر الألف.

والثاني: أنه لو كان المراد توافق اللفظين لم نفرق بين المرأة والأجنبي فالذي أفهمه من هذا ما فهمه ابن الرفعة في «المطالب» وفرق بين المرأة والأجنبي بأن الأجنبي لا يحتاج أن يقول: اختلعت، لأن حظه منه قبول المال فكفى، ولا كذلك الزوجة، يعني: فإن الطلاق من حيث كونه واقعاً عليها لها فيه حظ، فاشترط لفظ من قبلها يدل على قبول العقد، بأن يطلق ـ قبلت مطلقاً غير مسند إلى المال، أو اختلعت.

وهذا الذي فهمته، هو الذي فهمه شيخنا الأخ أبو حامد «شيخ الإسلام» سلمه الله وأطال بقاءه فقال فيما كتبه إلي:

القول في شرائط المبيع

ولهم في عدها اختلاف، والمشهور أنها خمس: أن يكون طاهراً منتفعاً به، مقدوراً على تسليمه مملوكاً للعاقد أو لمن يقع له العقد، معلوماً.

ومنهم من اكتفى بالقدرة على التسليم وقال القدرة تشمل الشرعية والحسية وإذا لم تشتمل على سائر الشروط كانت القدرة زائلة، وهذا يؤول إلى الدور.

فإن الغرض تعريف تلك الشروط الشرعية، ولنا هنا ـ لتحقيق العبارة عن شرائط المبيع، فإنا مكتفون بفهمها، متكلمون ـ بعدها ـ على فصول أخر.

فصل

لا يلزم من حصول الشرط حصول المشروط، وإنما اللازم انتفاء المشروط عند انتفائه، فلا يلزم من اجتماع شروط البيع صحة البيع، بل لا بد من صفات في العاقد والمعقود عليه، ومع ذلك قد يمتنع البيع لأسباب أخر، إلا أن تلك الأسباب خارجة عن صفات المبيع والبائع والمشتري والصيغة، فلا تلزم اعتمادها عند ذكر أركان العقد وشروطه.

ويظهر هذا بأنه رب مستجمع لهذه الشروط لا يصح بيعه، وهو في مسائل:

منها: الأضحية إذا أهدى من لحمها إلى غني أو تصدق على فقير فهو يملكه، وله التصرف فيه بالهبة والهدية، ولا يجوز البيع.

فصل

قد يجوز البيع، ولكن من شخص دون شخص. وهو في مسائل:

منها: بيع رقبة الموصى بمنفعته، ثالث الأوجه وهو الأصح، يصح من الموصى له دون غيره.

ومنها: بيع المشتري المبيع قبل انقضاء الخيار من البائع صحيح ومن غيره باطل على خلاف فيه.

ومنها: بيع المفلس ـ المحجور عليه ـ من الغرماء، قيل: يصح، وقيل لا يصح إلا بإذن القاضي، وهو الصحيح.

ومنها: بيع المغصوب من قادر على انتزاعه صحيح على الصحيح، ومن غيره باطل.

ومنها: بيع الثمرة قبل بدو الصلاح ـ من مالك الشجرة.

قيل: يصح من غير شرط القطع، والصحيح لا، كما لو باعها من غيره.

ومنها: لو اختلط حمام مملوك بغيره، وعسر التمميز فليس لواحد منهما التصرف ببيع أو هبة من ثالث، أما من الآخر فوجهان:

ومنها: المستعير للغراس والبناء له أن يبيع من المعير وبالعكس، وللمعير بيع الأرض من ثالث، وفي المستعير وجهان: أصحهما كذلك.

ومنها: بيع المكاتب باطل ـ على الجديد ـ إلا أن يبيعه من نفسه فيصح على [الصحيح][1].

فصل

نتكلم فيه على وقف العقود.

---

(١) سقط في «ب».

إذا تحقق انتفاء شرط تحقيق انتفاء الصحة، وإن شك فيه [**يحتمل**][1] القطع بانتفاء الصحة ويحتمل الشك والوقف فيها إلى البيان.

مثال الأول: بيع الفضولي يحقق انتفاء الملكية فالجديد بطلانه.

ومثال الثاني: بيع مال الأب على ظن أنه حي فإذا هو ميت، وأكثر المسائل أنه هل يعتبر الظاهر، أو ما في نفس الأمر؟ وقد قدمناه في القواعد المطلقة.

غير أنا نقول ـ هنا ـ ان القولين فيها وفي بيع الفضولي ـ يعبر عنهما بقولي: وقف العقود، ويقال: الوقف وقفان: وقف صحة، كما في بيع الفضولي على القول به ـ فالموقوف منه كون العقد صحيحاً. وفاقاً للشيخ الإمام، وخلافاً للإمام، حيث قال: الصحة ناجزة، والموقوف على الإجازة إنما هو الملك ونقله عن الرافعي ساكتاً عليه.

وقد تكلم الشيخ الإمام [**الوالد**][2] رحمه الله في باب التفليس من تكملة شرح المهذب ـ على وقف العقود كلاماً مبسوطاً، أنا ألخصه هنا مع زيادات.

[**فأقول**][3]: جعل الإمام ـ على ما تحصل من كلامه في بيع الغرر، وفي الكلام على عتق الراهن ـ الوقف أصنافاً بيع الفضولي، وبيع مال الأب الحي المظنون الحياة، وبيع الغاصب، وبيع الراهن والمرهون، ويقرب منه بيع المفلس، والمريض.

ويظهر أن يقال: إذا أورد العقد على غير قابل لمقصوده فهو باطل قطعاً، ولا وقف فيه كما لو باع خمراً، أو نكح معتدة، فلا يقال: إنه متوقف على تخلله أو انقضاء عدتها، بل يجزم ببطلانه.

وإن كان المعقود عليه قابلاً للمورد، فهو الذي يدخل فيه الموقف والتحقيق: أن الوقف وقفان؛ وقف صحة، ووقف تبيين، ولا يلزم من فساد الأول فساد الثاني، إذ الأول أجدر بالفساد.

أما وقف الصحة:

فهو الذي لم يصدر العقد فيه من أهله، أو صدر من أهله ولكن مع قيام مانع.

ولك أن تقول: هو الموقف على أمر يوجد في المستقبل.

---

(١) في «ب» فيحتمل.

(٢) سقط في «ب».

(٣) سقط في «ب».

ثم هو درجات:

[أبعدها عن الصحة ما صدر من غير أهله، وسهل نقضه، وهو بيع الفضولي والثاني][1].

ما صدر من غير أهله، غير أن نقضه صعب كتصرف الغاصب بالبيع والشراء تصرفات كثيرة عسر تتبعها، والأول أولى بالفساد من الثاني، لأن الضرورة قد تلجىء إلى تصحيح الثاني.

ومن ثم كان لنا قولان: في الجديد في الثاني وليس لنا في بيع الفضولي إلا قول قديم غير أن الصحيح فيه البطلان، لأن القول فيه الصحة، مع القول في الفضولي بالبطلان، يفضي إلى اعتبار الشرط بعد المشروط، وقد أجمع العقلاء على أن الشرط مقدم أو مقارن.

الثالثة:

ما صدر من أهله غير أن فيه مانعاً يمنع نفوذه كتعلقه برقبة مورد العقد وكذا بذمته مع الرقبة على وجه، وهو بيع العبد الجاني، فالصحيح بطلانه وإن اختار السيد الفداء وفاقاً للشيخ الإمام، وخلافاً للبغوي حيث قال: إن اختار الفداء صح.

ولم يذكر الرافعي والنووي سواه، وهو ضعيف، لأن اختيار الفداء لا يلزمه وله الرجوع عنه، ولا ينبغي أن يبطل حق المجني عليه بالتزامه أن يفرق بين الموسر والمعسر، فإن تعلق الحق ان منع فلا يدفعه اليسار.

وفي التتمة قول: ان بيع الجاني موقوف ـ كذا عزاه الرافعي إلى التتمة **[وربما قال بعض الناس: لا حاجة إلى عزوه إلى التتمة]**[2] وهو القول القديم في بيع الفضولي.

قلت: وقد عرفناك ما تعرف به أن هذا جديد ـ لا قديم ـ وأنه مقول به مع القول ببطلان بيع الفضولي.

الرابعة:

صادر من أهله مع المانع إلا أن المانع فيه دون الجناية، وذلك كبيع المرهون،

(١) سقط في «ب».

(٢) سقط في «ب».

ففيه ما قدمناه من احتمال الإمام، وفي هبته وجهان في الجديد وفي عتقه الأقوال المعروفة أصحها الفرق بين المعسر والموسر:

الخامسة:

صادر من أهله غير أن المانع فيه غير قوي قوة المانع قبله، وذلك لاحتمال أن يتبين بالآخرة اندفاع الموجب له، وهو كتصرف المفلس فإنه قد تبين بالآخرة أنه لم يمنع حق الغرماء، وليس كالرهن فإنه يتعلق بكل المرهون ومن ثم قال ابن الرفعة في المفلس: إذا تبين بالآخرة فاضل عن دينه فتبين أن الحجر لم يشمل القدر الفاضل وخالفه الشيخ الإمام وقال: بل شمل الكل وهو الأرجح ويشهد بخلافهما اختلاف الأصحاب. في أنه هل ينقض من تصرفاته الأضعف فالأضعف وهو الصحيح. وفيه دلالة للشيخ الإمام ـ فالآخر.

السادسة: تصرف المريض فهو أقرب التصرفات إلى الصحة، لأنه لا يحل له الإقدام على التصرف اعتماداً على بقاء الحياة، والمفلس ممنوع، لمراغمته بالتصرف ما شرع الحجر لأجله.

وهذه فروع مما يلحق بموقف العقود.

منها: إذا قسم الحاكم مال المفلس، ثم ظهر غريم، فالظاهر أن القسمة لا تنقض، ويشارك من ظهر بالحصة، وقيل: تنقض.

فعلى الأول: لو أعسر بعض الآخذين قدر كالعدم وجعل الغريم الآخر كأنه أخذ كل المال، وقيل: إنما يؤخذ بالحصة.

[ويظهر][1] هذا الخلاف في بعض الورثة يقر بدين وينكر البعض، هل يؤخذ من المقر الكل أو بالحصة؟

ومنها: إذا أعتق عبيداً ـ لا يحتملهم الثلث ـ فأخرجنا الثلث بالقرعة ثم ظهر للميت دفين ـ يخرج جميعهم من الثلث ـ فيحكم بعتقهم جميعاً، ومن يوم إعتاقهم ترجع إليهم اكسابهم، ولا يرجع الوارث، بما أنفق عليهم، كمن نكح فاسداً ـ على ظن الصحة ـ لا يرجع بالنفقة ولو ظهر دين مستغرق فالعتق بالقرعة باطل.

---

(١) في «ب» ونظير.

ومنها: إذا باع العدل الرهن بثمن المثل، ثم زاد راغب قبل التفرق انفسخ البيع ـ على ما صححه الرافعي وغيره ـ فلو بدأ الراغب قبل التمكن من بيعه فالبيع الأول بحاله، أو بعده، فقد ارتفع العقد، فلا بد من عقد جديد، وفي طريقة الصيد لا في أنا نتبين أن البيع بحاله.

ومنها: جنى على المرهون فعفا على مال فليس للراهن العفو لحق المرتهن وفي قول: العفو موقوف ويؤخذ المال في الحال لحق المرتهن فإن انفك الرهن رد إلى الجاني وبان صحة العفو، وإلا بان بطلانه.

ومنها: نكاح المرتابة، وسيأتي.

ومنها: لو قال ـ عند خوف غرق السفينة: ألق متاعك وأنا والركبان ضامنون، وقال: أردت إنشاء الضمان عنهم، فعن بعض الأصحاب أنهم إن رضوا به ثبت المال.

ونازع فيه الرافعي، وقال: العقود لا توقف.

ولينظر كلام الإمام في ذلك في باب عقود الضمان.

ومنها: من أسلم من الوثنيين بعد الوطء، انتظرنا إسلام الآخر [**في العدة**][1] فإن أسلم فيها استمر النكاح، وإلا تبين حصول الفرقة من حين إسلامه، فلو طلقها قبل تمام العدة فالطلاق موقوف.

ومنها: أسلمت تحت عبد وثني وعتقت وهي مدخول بها.

ومنها: أسلم مع أربع، وتخلف أربع وثنيات تعين الأوليات للفسخ[2].

ومنها: عتقت تحت عبد، فلها الخيار، والمسألة فيها تخريج ـ للإمام ـ على وقف العقود.

ومنها: خلع المرتدة موقوف إن أسلمت قبل تبين صحته.

ومنها: ذبح أجنبي أضحية معينة بالنذر أو هدياً معيناً، بعد بلوغ النسك، وقع الموقع.

وفيه قول قديم أن لصاحب الأضحية أن يجعلها عن الذابح ويغرمه كمال القيمة، بناء على وقف العقود.

---

(١) في «أ» وبعد والمثبت من «ب».

(٢) وفي «ب» للفسخ على الفور.

فصل

أما وقف التبين: فهو الذي يصدر العقد فيه من أهله باطناً لا ظاهراً. وإن شئت. قل: هو الموقوف على أمر تبين وجوده فيما مضى.

ولا يخفى أنه أقرب إلى الصحة من القسم قبله ولذلك كان صحيحاً، إما جزماً وإما على الصحيح.

وفيه مسائل:

منها: بيع مال الأب الميت المظنون الحياة، الصحيح الصحة.

وقد تقدم الكلام فيه وفي نظائره ـ في القواعد المطلقة ـ في قاعدة: هل العمل بالظاهر أو بما في نفس الأمر؟

ومنها: الطلاق المبهم، فإن الزوج يمنع من قربان زوجته إلى أن يتبين وكذلك في مسألة الغراب.

ثم التعيين إن لم يكن طلاقاً ـ وهو الصحيح ـ فالوقف وقف تبين.

ومنها: لو قال: بعتك هذه الصبرة بعشرة كل صاع بدرهم ولا يدري أنها عشرة آصع، فالصحيح الفساد، للجهل بالمقابلة.

وعلى القول بالصحة فهو موقوف لتحقق المقابلة وهو من وقف البيان.

ومنها: في الربا لو باع صبرة بصبرة متساوية وخرجتا متساويتين صح وإلا فالأصح البطلان وعلى الصحة يوقف لبيان المماثلة.

ومنها: إذا قال أحد الشريكين المعسرين: إن كان هذا الطائر غراباً فنصيبي حر، وقال الآخر: إن لم يكن فنصيبي حر، ولم يعرف ـ لا يحكم عتق نصيب واحد منهما، والولاء موقوف[1]، أو بان حكم بعتق النصف.

ولنا بحث سنذكره عند ذكر المسألة ـ إن شاء الله تعالى ـ في قسم أصول الدين في مسألة لازم النقيضين في أن هذا الوقف. هل هو وقف تبين؟

ومنها: أصح الأقوال في مال المرتد أنه موقوف.

---

(١) في «ب» زيادة فإن اشتراه أحدهما.

ومنها: ملك المبيع في زمن الخيار: الصحيح أنه موقوف.

ومنها: نكاح المرتابة بالحمل: قيل على وقف العقود، وقيل بالتبين.

ومنها: لو عين المريض عيناً تباع، ويوفى منها دينه. فقيل: للورثة إمساكها والوفاء من غيرها، وقيل: لا فعلى هذا، لـو باعها الوصي قبل استئذان الورثة، فقيل: باطل، وقيل: موقوف ـ فإن وفوا فلهم نقض المبيع وإلا انبرم.

وقد يقال: ليس هذا وقف تبين، بل وقف صحة.

ومنها: إذا نجـز المريض عتق أمته التي لا يملك سواها. ملك قريبه تزويجها، فإن ظهر أن ذلك[1] العتق يشمل جميعها، تبين بطلان النكاح إن لم يجز للوارث وكذا إن أجاز وقلنا: إنه ابتداء عطية، وإن قلنا: يتقيد ثبتت الصحة.

ومنع ابن الحداد التزويج، لأن عتقها موقوف وربما لا تعتق كلها ـ وهو ظـاهر الحال ـ فعلى هذا لو كانت جميعها تخرج من الثلث، فهل تزوج أم لا؟

ـ لاحتمال تلف المال ـ للإمام فيه احتمالان والقائلون بالصحة قاسوا التزويج على جواز التصرف في المتبرع به.

وعن الشيخ أبي علي أن من وافق ابن الحداد يحتمل أن يطرد ذلـك في هبة ـ الجاربة، حتى لا ينفذ تصرف المتهب القابض، إذا كان ذلك التصرف لا يحتمل الوقف ولا يحل له الوطء.

قلت: ووقع في البحر ـ للروياني ـ في باب عتق العبيد لا يخرجون من الثلث فيمن أعتق ستة أعبد ـ لا يملك غيرهم ـ أنه لا يحكم بعتقهم، لجواز أن يظهر دين، ولا برقهم، لجواز أن يستفيد مالاً وأكسابهم موقوفة أيضاً.

ولو كان للمعتق مال ـ يخرجون من ثلثه ـ لا يحكم بعتقهم قبل موته لجواز أن يتلف ماله، فلا يصل إلى ورثته.

وهذا يوافق ما نقل ابن الحداد، وأحد احتمالي الإمام.

ونزيد عليهما فإن ذلك مخصوص بالنكاح لما فيه من الاحتيـاط، وهذا عـام، فالوجه تأويله على أنا لا نحكم بعتقهم، ولا برقهم ـ عتقاً، ورقاً يستقر قراره. وتوافق

---

(١) سقط من «ب».

عبارته قول الرافعي ـ لما تكلم على المرض المخوف:

انا نحجر على المريض في التبرع بالزائد على الثلث ولا ننفذه، لكنه لو فعل ثم برىء، تبين صحة التبرع، فإن ذلك لم يكن مخوفاً.

فظاهر: انا لا ننفذه، يوافق قول ابن الحداد، والوجه تأويله على ما ذكرناه، وإلا فهو موقوف على إجازة الورثة إن أدى الحال إلى الموت وإلا فالتصرف نافذ من كل وجه.

إذا عرفت هذا تبين لك به تردد في تصرف المريض، وموقوف هو حتى يجيء في بيعه القولان في وقف العقود ويلحق بالقسم الأول، وهو وقف الصحة، وقد قدمنا ذلك ـ أو صحيح بناء على تمام السبب حال التصرف.

وإن كان ماله إلى إجازة الورثة؟ ويكون رد الوارث بمثابة أخذ الشفيع من حينه، وليس مستنداً إلى وقت البيع.

لا فارق بينهما إلا أن الشفيع يقرر عقد البيع، وهذا يرد، فيكون كالرد بالعيب يرفع من حينه.

وقد يقال في الرد بالعيب تقدير ما، ألا ترى أن إمام الحرمين حكى في «الفروع المنثورة» في كتاب العتق قولين فيما إذا رد الوارث الزيادة على الثلث هل نقول: الزيادة ثبتت ثم ردت، أو تبين أنها لم تنفذ.

ومنها: إذا اكتفينا بظاهر الصبرة فتبين تحتها دكة: قال «في الوسيط» فهل تبين بطلان العقد.

ومنها: قال في الوسيط: إذا منعنا بيع الغائب فالرؤية السابقة كالمقارنة ـ إذا كان مما لا يتغير ـ فلو تغير على الندور، فهل يتبين بطلان العقد، أو يكتفى بالخيار؟ فيه خلاف صحح النووي الثاني.

ومنها: ظاهر كلامهم أن اللعان يقع في الردة، ويمكن أن يكون ذلك في مدة الإمهال.

ومنها: إذا طلق رجعياً أو بائناً. ثم وطئها أجنبي في العدة ـ بشبهة ـ ثم حملت منه، فإنها تعتد بالحمل.

فصل

في الإقدام على العقود الفاسدة.

وقد تردد كثير من المتأخرين أهو حرام، أم حلال؟ وذكر الوالد رحمه الله في باب الوصية ـ عند الكلام على الوصية[1] بأكثر من الثلث: «أنه ينبغي أن يقال: إن قلنا: الوصية بأكثر من الثلث باطلة، أو إن الإجازة ابتداء عطية فهي حرام، لأنها عقد فاسد، قصد به تحقيق حكم غير مشروع انتهى.

فهذا ضابط جيد في تحريم فاسد التصرفات، وأنه لا يحرم منها ما صدر تلاعباً، ولا قصد فيه، لم يثبت مقتضاه عليه وهو قضية كلام الغزالي. ثم ذكر في كتاب النكاح نظيره [فقال][2] عند الكلام فيما إذا جمع بين الأختين، بعدما ذكر أن ابن الرفعة أخذ من قوله تعالى: ﴿**وأن تجمعوا، بين الأختين**». أن الإقدام على العقد الفاسد حرام، لأن حقيقة الجمع بالوطء غير ممكنة، إنما الممكن بالعقد.

إن الحق ما قاله الغزالي إنه متى قصد تحقيق المعنى الشرعي فهو حرام وإن قصد تحقيق اللفظ ـ من غير تحقيق معناه، فهذا لغو ـ ليس بعقد، ومع ذلك إن كان له محمل ـ من ملاعبة الزوجة ونحوه، فلا يحرم، وإلا فيحرم، إذ لا محمل غير الحق الشرعي، أو التلاعب وكلاهما حرام.

قاعدة: كل عين ثبت لمن هي تحت يده حق حبسها ليستوفي ما وجب برهنها، أو بسبب العمل فيها، لا يجوز لمالكها بيعها بغير إذن صاحب اليد إلا بعد وفاء الحق.

وفيه نظائر:

منها: المرهون.

ومنها: الصباغ إذا صبغ الثوب، فإنه لا يصح بيعه قبل توفية الأجرة.

ومنها: القصار إذا قصر الثوب، لا يجوز بيعه، قبل توفية الأجرة.

إن قلنا: القصارة عين ـ وإن قلنا: أثر، فلا حق له في حبسها.

ومنها: لو استأجر صباغاً ليصبغ له ثوباً، وسلمه إليه أو صائغاً على عمل ذهب

---

(١) في «ب» الموصي.

(٢) سقط في «ب».

ونحوه فليس له بيعه ما لم يقبضه ـ صرح به المتولي وغيره ـ لأن له حبسه إلى أن يعمل فيه ما يستحق به العوض.

وعليه يخرج ماقيل ـ في بيع الأشجار المساقى عليها ـ أنه لا يصح، لأن المساقاة عقد لازم، وقد استحق العامل أن يعمل فيها ما يستحق به أجراً. ومن خرجها على بيع العين المستأجرة، فقد غفل عن ملاحظة هذا الأصل.

سؤال:

لعلك تقول: هذه القاعدة ترد نقضاً على قولنا: «شرط المبيع أن يكون طاهراً منتفعاً به، مقدوراً على تسليمه. مملوكاً لمن وقع العقد له «فإن هذه الشروط موجودة في الثابت حق حبسها، ثم لا يجوز بيعها، فالتعريف ـ إذن ـ غير مطرد.

والجواب: أنا ذكرناه خارجاً عن[1] شرط القدرة على التسليم، فإن عدم القدرة قد يكون حسياً، وقد يكون شرعياً، كالمرهون.

واعلم أنه لا يلزم من وجود الشرط وجود المشروط، وهذه الأوصاف ليست تعريفاً للمبيع، ولكن شرائط له ولذلك تجتمع.

ثم لا يجوز البيع في صور.

منها: الأضحية، إذا أهدى من لحمها إلى غني، أو تصدق به على فقير فإنه يملكه، وله التصرف فيه بالهبة والهدية ـ دون البيع.

أصل مستنبط:

إذا تعلق بشيء واحد حق اثنين فصاعداً، فهل نقول: كل منهما يستحقه على التمام والكمال ـ ولكن ضرورة الازدحام أدت إلى التناصف، أو إنما يستحقه بقسطه منه؟

وكان الشيخ الإمام رحمه الله يتردد فيه، ويرجح الأول وينصره، وقد ذكره في باب الوقف، وفي أماكن من نظائره حتى انتهى إليه بصره، وأطنب في تقريره في كتاب موقف الرماة.

---

(١) في «ب» خارجا بشرط.

ورأيت ـ أنا ـ بعد وفاته رحمه الله من كلام ابن سريج ما يشهد له في كتاب «النهاية» في باب الأقضية واليمين مع الشاهد عندما ذكر ما إذا وقف على أولاده[1]، ثم أولاد أولاده وكانوا ثلاثة والوقف يصرف أثلاثاً، فتجدد ولد وولد فصار أرباعاً، فإن حلفوا وقفنا ربع الوقف من حين ولادته وبقينا في يد الحالفين ثلاثة أرباعه كما كان فإن بلغ ونكل عن اليمين، قال الإمام: فالمنصوص للشافعي أن ما وقفناه مردود على الأولين، فتعود القسمة أثلاثاً كما كانت ويخرج هذا الجديد من البين.

وقال المزني: «الربع الموقوف يصرف إلى الأولين فإنهم لا يدعونه بل هم معترفون أنه للولد الجديد، وقد تعذر الصرف إليه بسبب نكوله».

إلى أن قال: «والمقدار الذي ذكره الأصحاب لنصرة النص ما حكوه عن ابن سريج، فإنه قال: كان الأولون مستحقين جميع الوقف قبل وجود هذا المولود فإذا وجد دخل استحقاقه على الأولين دخول العول وكل استحقاق يطرأ على استغراق فهكذا يكون ثم استحقاق العول يوجبه التصرف إلى المستغرقين إذا [تعذرت][2] جهة العول، وهذا يناظر الديون والتركة إذا كانت التركة ألفاً والدين ألف فهي مصروفة إلى الدين، فلو ظهر ألف آخر فالتركة بينهم، فلو أسقط صاحب الدين الظاهر حقه، فصاحب الأول يستغرق حقه «انتهى».

وهو نص في مذهب الشيخ الإمام، ووددت لو وقفت عليه في حياته، لأدخل على قلبه سروراً بإيقافه عليه. على أنه نقل في كتاب موقف الزماة ما يقرب منه.

وفي القاعدة فروع:

منها: إذا حمى الإمام أرضاً، فدخل واحد من الرعية فرعاه ومنع غيره قال القاضي أبو حامد: «لا يعزر والناس يستشكلون هذا» وحمله الوالد ـ رحمه الله ـ على أن موضع انتفاء التعزير كونه استيفاء، ووجهه أنه إنما استوفى حقه قال: ولا نقول، بأنه مشترك حتى يكون كالتصرف في العين المشتركة فيعزر بل هو يستحقه وغيره أيضاً يستحقه.

قال: وأما منعه الغير فيعزر عليه.

ومنها: لو زال ملك المشتري ثم عاد بعوض وأفلس، فهل حق الرجوع في عين المبيع للبائع الأول ـ بسبقه ـ أو للثاني ـ لقرب حقه ـ أم يشتركان ويضارب كل بنصف

---

(١) في «ب» أولاد أولاده. (٢) في «ب» تعددت.

الثمن؟ فيه أوجه لا تصحيح للمشايخ الثلاثة ـ الرافعي والنووي والوالد ـ فيها، والأرجح عندي الثاني، وذكر الإمام في النهاية أنه القياس، وعلى الثالث إنما اشتركا لثبوت الحق لكل منهما على التمام بدليل أنه لو عفى الأول كان الحق للثاني ـ وجهاً واحداً ـ صرح به الإمام «في النهاية».

قال: لو عفا الثاني فهل للأول الرجوع؟ فيه وجهان مبنيان على ما لو زال، وعاد بلا عوض.

قلت: والقول بأن الحق للأول إنما هو بناء على ذلك، كما هو مصرح به في الرافعي وغيره.

فخرج من هذا أن للأول ـ أيضاً عند عفو الثاني الأخذ، لأنا إنما نفرع على ثبوت أصل الرجوع له.

ومنها: في الشفعة.

قاعدة: «كل تصرف يستقل به الشخص ينعقد بالكناية مع النية» كالطلاق والعتاق والإبراء والظهار والنذر.

وكل تصرف يحتاج إلى الإشهاد كالنكاح والبيع المشروط فيه الإشهاد والرجعة، على الخلاف في احتياجها إلى الإشهاد وحكم الحاكم **لا يحتاج إلى**[1] الكناية إلا إذا توفرت القرائن في البيع المشروط فيه الإشهاد على الظاهر ـ عند الغزالي ـ وإليه مال الرافعي حيث توقف في قول الأصحاب:

الشهود لا اطلاع لهم على النيات ـ معتلاً بأن القرائن ربما تتوفر فتفيد الاطلاع على ما في باطن الغير.

وعندي أن الجريان على كلام الأصحاب أصح، فإنه لا انضباط للقرائن وبهذا صرح الإمام في كنايات الطلاق قائلاً: ليس من قواعد الفقه فتح أمثال هذا، وهو في القصود عسر جداً، فحسمنا هذا الباب حسماً. ولا يعارضه ما نقله عنه الرافعي[1] من أن الخلاف في انعقاد البيع بالكناية مع النية محله إذا عدمت القرائن فإن توفرت وأفادت

---

(١) في «ب» زيادة في البيع.

التفاهم، وجب القطع بالصحة، لأن هذا في غير البيع المقيد بالإشهاد، فإن في الإشهاد تقييداً ليس فيما بين المتخاطبين.

ولا يؤيده ما نقله عنه الرافعي ـ أيضاً ـ في البيع من أن النكاح لا يصح بالكناية ـ وإن توفرت القرائن ـ فإن النكاح تقييداً واحتياطاً ـ يزيد على ما في البيع المقيد بالإشهاد.

فالصور ثلاث.

النكاح: ولا ينعقد وإن توفرت القرائن، لما فيه من الإشهاد ومن الاحتياط له.

والبيع المقيد بالإشهاد: يشابه النكاح ـ من حيث اشتراط الإشهاد ـ وينحط عنه ـ من حيث أنه لا يطلب فيه من الاحتياط ما يطلب في النكاح ـ ففيه يقول الغزالي: الظاهر ـ عند توافر القرائن ـ الصحة والظاهر ـ عندنا ـ خلاف ما يقوله:

ومطلق البيع: وفيه يقول الإمام: «إذا توفرت القرائن قطع بالصحة إذ لا إشهاد، ولا احتياط والمتخاطبان أعرف بما يدور بينهما».

قاعدة: مترددة في كلام الأصحاب وبسط الإمام القول فيها في أوائل كتاب الطلاق»: كل ما كان صريحاً في بابه،ووجد نفاذاً في موضوعه لا يكون كناية في غيره، ولا صريحاً فيه[1].

وهذه الزيادة ـ وهو قولنا: ولا صريحاً فيه ـ زيادة لم يصرح بها الإمام ولكن اقتضاها كلامه، وسبب كون الشيء لا يكون صريحاً نافذاً في مكان ـ ثم يكون صريحاً أو كناية ـ في آخر ـ أنه مع الصراحة ووجود النفاذ، عامل عمله لا سبيل إلى دفاعه.

قال الإمام: «وإذا كان كذلك، فيستحيل أن يكون كناية منوية في وجه آخر» ثم أورد على نفسه أنه لم لا يجمع بين المعنيين، وأجاب بأن صلاحية [اللفظ][2] لمعنيين لا يقتضي اجتماعهما، قال: «وكذلك القول في لفظ مشترك».

وقرر الإمام ـ رحمه الله ـ هذا في النهاية، فذكره في باب الوصية وغيرها وذكره أيضاً في الطلاق ـ بعد هذا المكان بأوراق ـ فقال: «لا مطمع في تحصيل معنيين

---

(١) الأشباه للسيوطي ص ٢٩٥، المنثور ٣ / ١٤٦، ٢ / ٣١١.

(٢) في «ب» اللفظة.

بلفظ واحد، هذا ما لا سبيل إليه ـ وإن جرد القاصد قصده إليهما جميعاً ـ لأن اللفظ الواحد لا يصلح لمعنيين جميعاً إذا لم يوضع في وضع اللسان»[1] انتهى.

قلت: وقد جرى بيني وبين الشيخ الإمام رحمه الله بحث طويل في هذا عندما قرأت عليه مسألة ما إذا أوصى بعود من عيدانه في باب الوصية ـ فقلت له: لعل هذا من الإمام بناء على أن المشترك لا يحمل على معنييه، وإلا فكيف يقال: لا يصلح؟

فكان من جوابه ما لا يحضرني تفصيله، غير أني على يقين بأنه انتصر لكلام الإمام وزعم أنه ليس من مسألة الحمل في شيء، ولا يتبين لي الآن ذلك.

والأولى ـ عندي ـ أن يتوجه كون: اللفظ لا يكون صريحاً في شيئين مما ذكره الإمام في «النهاية» بعد ذلك.

وحاصله أن الصراحة تتلقى من الشيوع، قال: والشيوع أن لا يستعمل في اطراد العادة إلا في معنى، ومتى شاع في معنى، لم يتصور أن يشيع في آخر مع اتحاد الزمان والمكان.

قال: وهو بمثابة إطلاق الغلبة في النفوذ، فالغالب هو الذي يندر التعامل بغيره، ويستحيل تقدير الغلبة في نوعين، فإن قصاراه يجر تناقضاً ـ وهو أن يكون كل منهما أغلب من صاحبه.

قلت: وقوله: «يستحيل تقرير الغلبة في نوعين» لا ينازع فيه قول الأصحاب: إذا غلب نوعان من نقد.

فهذا [تقرير][2] كون اللفظة لا تكون صريحة في موضعين.

ومن ثم قال بعض مشايخنا: «والصريح اللفظ الموضوع، لمعنى لا يفهم منه غيره عند الإطلاق».

وأما كونها لا تكون صريحة في موضع كناية في آخر إذا قصد الأمران [معاً فلا][3] يتبين لي وجه استحالته، وليفرض ذلك في زوج أمه وكله مولاه في عتقها، فقال: أنت طالق، وأراد مع الفراق حريتها وطلاقها من وثاق الرق.

وقد احتج الإمام في كتاب المساقاة ـ لقولنا، إنه لا تصح المساقاة بلفظ الإجارة

---

(١) في «ب» زيادة للجمع. (٢) في «ب» تقرر. (٣) في «ب» متغافلاً.

ولا عكسه ـ «بأن كل لفظ صريح استعمل في مكان إمكان استعماله، لم يجز أن يصرف بالنية إلى غيره، كالطلاق، لا يصرف إلى الظهار، إذ [لا يمكن](1) تنفيذه طلاقاً وعكسه».

وسأل عليه الشيخ الإمام رحمه الله فقال لم لا ينفذ في الآخر بالنية إذا تعذر حمله على موضوعه لعدم شرطه؟

ثم أجاب بأن بين الإجارة والمساقاة تنافياً، أو تغايراً، وما كان كذلك لا يصح أحدهما بلفظ الآخر، كالبيع بلفظ السلم، فإن الإجارة على العمل في الشجر غير مرتبطة بشيء آخر، والمساقاة على صلاح الثمرة بواسطة العمل في الشجر.

قال: وكذلك رجح الأصحاب اعتبار اللفظ ـ وإن أجروا الخلاف ـ نظراً إلى أنه هل يعتبر اللفظ أو المعنى؟

ومثال ذلك لفظ الطلاق فإنه صريح في بابه، فإذا خاطب به امرأته وقال: أردت الظهار، لم يقبل لصراحته في إزالة قيد النكاح ـ مع وجوده نفاذاً في موضوعه ـ فلا يكون صريحاً في الظهار، ولا كناية. واحترزنا بقولنا: «وجد نفاذاً»، عن مثل قوله لزوجته: «أنت حرة»، إذا نوى به الطلاق، فإنه يقبل، ويقع عليه الطلاق، لأن «حرة» صريح في إزالة قيد الملك ولكن لم يجد ـ هنا ـ نفاذاً لأن الزوج لا يملك زوجته فجعل كناية في الطلاق إذا لم يجد نفاذاً في بابه وهو إزالة قيد الملك.

ثم يستثنى من [هذه](2) القاعدة مسائل:

منها: إذا قال: «أنت حرام» ونوى به الطلاق أو الظهار فإنه يقع ما نوى ـ على المذهب ـ مع أن المذهب أن لفظ الحرام صريح في إيجاب الكفارة.

ومنها: لو أسلم على أكثر من أربع، فقال لبعضهن فسخت نكاحك ـ ونوى الطلاق ـ قبل: وإن وجد نفاذاً ـ بدليل أنه لو أطلق ـ حمل على الفسخ.

ومنها لو أسلم على أكثر من أربع، فقال لإحداهن «فارقتك» فالذي رجحه الرافعي، والنووي، والوالد أنه فسخ ـ وإن كان لفظ الفراق من صرائح الطلاق ـ وهو الذي قاله الشيخ أبو حامد، ونصره ابن الصباغ. وقال القاضي أبو الطيب: «بل هو

---

(1) في «ب» امكن. (2) سقط في «ب».

اختيار للزوجية لم يقع به الطلاق، [لاستلزامه][1] إياه».

ورده عليه بالحديث، ففيه «وفارق سائرهن».

والحق - عندي - ما قاله الأولون من أنه فسخ، ولا يرد أنه صريح في الطلاق ووجد نفاذاً في موضوعه، بل أنا أمنع صراحته في هذا المكان في خصوصه وأظن أن ابن الصباغ أشار إلى هذا بقوله: «فيكون حقيقة فيهما، ولكن يخصص بالموضع» وهو كلام حسن، والقصد يذكر في قسم أصول الفقه في حمل المشترك على معنييه المتضادين.

ومنها: إذا قال: «أنت حرام كظهر أمي» ونوى الطلاق بالمجموع كان طلاقاً - على المذهب - مع أن المذهب أنه إذا أطلق كان ظهاراً.

ومنها: لو أسلم على أكثر من أربع وقال لإحداهن: «أمسكتك» فإنه صريح في اختيارها - مع صراحته في الرجعة -.

ومنها: لو قال أحلتك على فلان بكذا، ثم اختلفا، فقال المحيل وكلتك، وقال المحتال بل أحلتني، فالصحيح أن القول قول المحيل - مع أنهما اتفقا على جريان لفظ الحوالة.

قاعدة: قال النووي في زيادة الروضة - قبيل باب حكم المبيع قبل القبض وبعده.

قال أصحابنا: إذا انعقد البيع لم يتطرق إليه الفسخ إلا بأحد سبعة أسباب خيار المجلس، والشرط، والعيب، وخلف المشروط المقصود، والإقالة والتحالف، وهلاك المبيع قبل القبض - قال الشيخ الإمام رحمه الله في تكملة شرح المهذب: وبقي عليه رجوع البائع عند إفلاس المشتري قال وله أن يلحقه بالبيع [2] قال: ولكن مثل هذا التكليف يقتضي عد العيب والخلف شيئاً واحداً فالوجه جعل ذلك قسماً آخر «قال: وبقي أيضاً تعذر إمضاء البيع، كما في اختلاط الثمار، وبيع الصبرة بالصبرة المخالفة لها - مكايلة - على خلاف فيهما قال: وأما التصرية فملحقة - عند الأكثرين - بالعيب، وعند بعضهم بالخلف فلم تكن خارجة عنهما، وأما الخيار الحاصل بسبب الأخيار في المرابحة فهو راجع إلى العيب، لأنه كالعيب في المبيع».

قلت: ويدخل في خيار العيب خيار تفريق الصفقة، وفي خلف المشروط المقصود خيار الامتناع من العتق المشروط.

---

(١) في «ب» لا يستلزم.

(٢) في «ب» البيع.

وبقي عليهما مسائل:

منها: إذا اشترى غائباً ـ رآه قبل العقد ـ وهو مما لا يتغير، فوجده متغيراً فالمذهب: أن العقد صحيح وله الخيار.

قال الإمام: وليس المراد بتغييره حدوث عيب، فإن خيار العيب لا يختص بهذه الصورة، بل الرؤية بمنزلة الشرط في الصفات الكائنة عند الرؤية فكل ما فات منها، فهو كتبين الخلف في الشرط.

قلت: وقد يقال: هذا الخيار راجع إلى الخلف.

ومنها: إذا أجبر المشتري على تسليم الثمن وكان غائباً فوق مسافة القصر، فالصحيح أن للبائع فسخ البيع، لتعذر تحصيل الثمن.

ومنها: الخيار الثابت في بيع الغائب عند رؤيته على القول ببيع الغائب.

قاعدة: القول قول مدعي صحة العقد دون فساده خلافاً للبغوي.

وقد يقال: الأصل في العقود الصحة.

ونعني بالأصل ـ هنا ـ الظاهر.

وتردد الشيخ الإمام والدي رحمه الله في كتابه «التحقيق» أن تصرفات الشخص في العقود هل الأصل فيها الصحة إلا ما دل الشرع على فساده بمعنى أن الشارع أقر معاملات الناس على ما يتعارفون ومنعهم من بعضها. أو الأصل الفساد إلا ما دل على صحته؟

قال: وهذا هو الراجح، لأن الصحة حكم شرعي فمن ادعى [ورودها][1] من الشرع في التصرفات كلها، ثم استثنى بعضها فعليه الدليل، أيضاً يلزمه التخصيص وهو خلاف الأصل.

بخلاف ما إذا قلنا: لا يصح في التصرفات إلا ما دل الشرع على صحته فإنه لا يلزم التخصيص.

نعم: لا يقال: إنه فاسد، لأن الفساد حكم شرعي، فلا بد من دليله، بل نقول: باق على حكم الأصل.

---

(١) سقط في «ب».

انتهى ملخصاً.

وقد يقال: إنه معارض لقول الأصحاب: «الأصل الصحة» وجنوح إلى اختيار صاحب التهذيب الذي سنحكيه.

وليس كذلك: فإن مورد الكلامين مختلف، فما قاله «في التحقيق» معناه أن العقود الجارية بين الناس - وإن لم يجر فيها تنازع بين المتعاقدين - أصلها الصحة أو الفساد؟

فنقول: دعوى كل واحد من هذين الأمرين يحتاج إلى دليل.

فإن قلت: فلم ترددتم في قول القائل «والله لا بعت هذا» هل يحمل على الصحيح، أو على أعم منه ومن الفاسد.

قلت: المأخذ غير ما نحن فيه، فالتحنيث بالفساد لكونه يسمى بيعاً وعدم التحنيث به لأن الإطلاق محمول على ما يتبادر إلى الذهن عرفاً، وهو الصحيح. ومعنى قولهم في باب اختلاف المتبايعين: «القول قول مدعي صحة العقد - إذا تنازع المتعاقدان في العقد الواقع بينهما - أوقع على وجه صحيح، أو فاسد؟

والصحيح - فيما علمت - من أن القول لمدعي الصحة، وفيه كلامان:

- أحدهما، أن مدعي الصحة، قد يجزم بقوله كما إذا اختلفا في صفة المعقود عليه، فقال أحدهما هو حر الأصل، وأنكر الآخر، لأن قول مدعي الفساد لم يعتضد بأصل، ولا ظاهر.

وقد يختلف فيه، كما إذا تنازعا في صفة العقد فادعى أحدهما انضمام شرط مفسد - كخيار مجهول - قال الشيخ الإمام: فهذا محل الخلاف.

وقد يكون الاختلاف في وجود شيء - وقوعه شرط لصحة العقد - كالرؤية فمنهم من جعله على الخلاف - وهي طريقة النووي - ومنهم من قال: - هنا - القول قول من نفاه لاعتضاده بالأصل - وهي طريقة القاضي الحسين فإنه يقول: القول قول نافي الرؤية - مع قوله في أصل القاعدة: إن القول قول مدعي الصحة.

والشيخ الإمام الوالد رحمه الله ذكر المسألة في أوائل البيع، ولم يذكر لنفسه اختياراً ثم ادعاها في أواخر اختلاف المتبايعين، وجرى مع النووي في باب اختلاف

المتبايعين على ما صححه على ما يظهر من كلامه. ثم أفصح في باب الصلح بأن الذي يظهر أن القول قول منكر الرؤية.

قلت: وبه جزم الروياني في البحر ـ في أوائل البيع من تفاريع قول الغائب.

قال الوالد: رحمه الله وإنما يقوى قول مدعي الصحة إذا تعارضا، وليس مع أحدهما مرجح.

فصارت المراتب عنده ثلاثاً، في الثالثة منهما لا يقبل قول مدعي الصحة والذي قاله هو الأرجح عندي.

غير أني أقول للاختلاف صورة رابعة، وهي أن يقول أحدهما: وقع بيننا عقد صحيح ـ ولا بينة ـ ويقول الآخر: بل فاسد.

وفي هذه أيضاً يظهر ترجيح قول مدعي الصحة، وأرجو أن لا يكون فيه خلاف.

وهنا مسائل قد يعتقد أنها مستثناة من قولنا: إن القول لمدعي الصحة ذكرتها في التوشيح.

منها: مسألة الرؤية هذه.

ومنها: عكسها ـ قال المشتري رأيت وقال البائع لم تر. أفتى صاحب البيان بأن القول للبائع، وخالفه بعض أهل عصره.

ومنها: إذا باع ذراعاً من أرض ـ يُعلمان ذرعانها ـ وادعى البائع أنه أراد معيناً، فالعقد فاسد وقال المشتري: بل مشاعاً، فالعقد صحيح فأصح الاحتمالين في «الروضة» تصديق البائع.

ومنها: إذا اختلفا هل وقع الصلح على الإنكار أو الاعتراف، فالصواب في «الروضة» تبعاً لابن كج تصديق مدعي الإنكار لأنه الغالب.

ومنها: قال الجرجاني فيما إذا قال المشتري يعني بهذا العصير ـ وهو خمر ـ «أن القول لمدعي الفساد» وخرجه الرافعي على الخلاف، فعلى الترجيح لا استثناء.

ومنها: إذا باع عبداً، وقال: كنت اغتصبته ولم يكن جرى في كلامه أنه ملكه، وأقام بينة، سمعت على النص ورجح الشيخ الإمام إذا كان للبائع عذر.

ومنها: وهب الغاصب المغصوب من إنسان، ثم قال: أعلمتك أنه مغصوب وأنكر.

قال الماوردي: يقبل قول الغاصب، لأنه أنكر عقد الهبة ـ على الصحة.

قال الوالد: رحمه الله: والمختار أنه لا يقبل وهي مسألة الاختلاف في الصحة والفساد.

قلت: إذا كانت هي فلا استثناء ويكون الماوردي قائلاً بأن القول لمدعي الفساد.

غير أني أقول: قد يقول هنا ـ بالفساد من يقول بالصحة ثم، فإنها من غاصب، فهي فاسدة بكل تقدير، فتصديقه في أنه أعلم مخالفة للأصل بلا سبب.

ومنها: إذا قال السيد: كاتبتك على نجم واحد، وقال العبد: بل على نجمين قال في «التهذيب» القول قول السيد مع يمينه، لأنه يدعي فساد العقد وسكت عليه الرافعي، وخرجه النووي على الخلاف في الصحة والفساد.

قلت: والأمر كذلك.

وقد علل البغوي ـ في «التهذيب» ما قاله، بأنه يدعي الفساد فجرى على أصله، فلا استثناء لهذه المسألة إلا من قبل سكوت الرافعي عليها، مع موافقته في أصل القاعدة على أن القول لمدعي الصحة، واعتراضه به من عدل عنه مرات.

ونحن لا [نذكره][1] في هذه، إلا ما نظن أنه مستثنى منها، لا ما هو جار على طردها، وإلا لذكرنا ما لو قال: بعتك بألف وزق خمر، أو قال: شرطنا شرطاً فاسداً وأنكر الآخر «فإن فيه خلاف الصحة والفساد».

ولو اشترى مائعاً، وجاء بظرف فصبه البائع فيه ووجدت فيه فأرة ميتة فقال المشتري إنها كانت في المبيع، وقال البائع: كانت في ظرفك، فقد قال الرافعي ـ في آخر الرهن: هذا اختلاف في أن العقد جرى فاسداً أو صحيحاً.

قلت: ومسائله تكثر، فلا نطيل بعدها، فلنعد لك عد ما نظن من المستثنيات فنقول.

ومنها: قال السيد: كاتبتك وأنا مجنون، أو أنا محجور وأنكر العبد، جزم الرافعي ـ تبعاً لصاحب التهذيب بأنه إن عرف له جنون، أو حجر سابق قبل قوله، وإلا، فلا.

قلت: وهو [يوافق][2] المجزوم به في الإقرار، فيما إذا:

---

(١) في «ب» نذكر.
(٢) في «ب» موافق.

قال المقر: كنت صغيراً، أو مجنوناً، وفي القصاص، فيما إذا قال: كنت صغيراً، وفي الكناية، إذا اختلف السيد والعبد، هكذا.

ومنها: قالت المرأة: «وقع العقد بغير ولي ولا شهود» وأنكر الزوج.

قال القاضي مجلى: «فالقول قولها، لأن ذلك إنكار لأصل العقد وصوبه الشيخ الإمام وقال:

إنه الحق، وإنه لا يخرج على الاختلاف في الصحة والفساد.

قال: لأن إنكارها الولي إنكار[1] لأصل العقد بالكلية.

ومنها: زوج أخته. ومات الزوج، فادعى ورثته أن أخاها زوجها بغير إذنها وقالت: زوجني بإذني فالقول قولها، وحاول الرافعي تخريجها على الصحة والفساد، وتبعه النووي وصححه الشيخ الإمام، فهذا مما جزم فيه بالصحة وليس من مسائل النزاع.

ومنها: اعتراف الراهن بأنه مرهون [بعشرين][2] ثم ادعى أنه مرهون بعشرة بعد عشرة، وقلنا ـ بالصحيح ـ إنه لا يرهن المرهون عند المرتهن بدين آخر، وقال المرتهن: [بل][3] فسخنا واستأنفنا رهناً بعشرين.

قال الشيخ الإمام: «فالمختار» أن القول قول المرتهن خلافاً للبغوي ورتب البغوي على هذا أنه لو شهد شاهدان أنه رهن بألف ثم بألفين، لم يحكم بأنه رهن، ما لم يصرحا بأن الثاني كان بعد فسخ الأول، قال الشيخ الإمام: «والوجه تخريجه على دعوى الصحة والفساد».

قاعدة: كل دين ثابت في الذمة ـ ليس بثمن ـ يجوز الاعتياض عنه، إن كان ثمناً في الأصح، وإن لم يكن ثمناً قطعاً.

ادعى نفي الخلاف فيه الرافعي، والنووي ـ والشيخ الإمام رحمهم الله ومثلوا له بدين القرض والإتلاف، ثم قالوا جميعاً ـ بعد سطرين ـ وفي الشامل أن القرض إنما يستبدل عنه إذا استهلكه، أما إذا بقي في يده، فلا؟ لأنا إن قلنا: إن القرض يملك بالقبض فبدله غير مستقر في الذمة، لأن للمقرض أن يرجع في عينه.

وإن قلنا: يملك بالتصرف، فالمستقرض مسلط عليه، وكذلك يوجب ضعف ملك القرض، فلا يجوز الاعتياض عنه انتهى.

---

(١) في «ب» زيادة الأصل. (٢) سقط من «أ» والمثبت من «ب». (٣) سقط من «ب».

وحذف في الروضة التعليل، والصحيح أن القرض يملك بالقبض، قال الشيخ الإمام: «ودعواه عدم استقراره ـ حينئذٍ ـ ممنوعة، واستدلاله بغرض الرجوع منقوضة بهبة الولد».

قلت: ثم دعوى الرافعي ومن بعده: نفي الخلاف عما ليس بثمن ولا مثمن منقوضة بمسائل غير القرض، منها وجهان حكاهما الماوردي في جواز أخذ القيمة ـ مع وجود المثل ـ عند ضمان المثل بالتراضي ـ وبناهما على أخذ الأرش عن العيب مع القدرة على الرد، قال الوالد رحمه الله ـ وفيه نظر، لأن مأخذ المنع ـ هناك ـ أنه أخذ عوضاً عما ليس بمال، وهو سلطنة الرد.

«وهنا: إن كان الثابت المثل، فهو مال وليس، بثمن ولا مثمن فيجوز الاعتياض عنه قطعاً.

فلما جرى الخلاف وإن كان الثابت سلطنة طلب المثل، فلا دين في الذمة.

ومنها: في جواز الاعتياض عن الإبل الواجبة في الدية بلفظ الصلح، وبلفظ البيع وجهان، ويقال قولان، أصحهما المنع.

تنبيه: إطلاقنا أن الثمن يجوز الاعتياض عنه، تبعنا فيه الرافعي والنووي، فقد عزيا إلى الجديد جواز الاعتياض عنه، واقتضى كلامهما أنه مطلق ـ سواء فيه العرض والنقد.

هذا قضية كلامهما. في البيع وقضية كلامهما في باب الكناية، تقييده بالنقد، وأن العرض لا يجوز الاعتياض عنه.

وهذا ما رجحه الوالد رحمه الله كما دل عليه كلامه في باب الشفعة وقال «العوض خمسة».

معين: لا يجوز الاستبدال عنه ثمناً كان أو مثمناً ـ قبل قبضه، لأن عينه مقصودة.

وثمن في الذمة ـ نقد: يجوز الاستبدال عنه في الأصح، والمعنى فيه أن المقصود ماليته، لا عينه، وعليه دل حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

ومسلم فيه، لا يجوز الاعتياض عنه، ودليله، حديث ضعيف، وعموم النهي عن بيع ما لا يقبض.

ومبيع في الذمة ليس سلماً كاشتريت منك ثوباً صفته كذا بهذه الدراهم إذا جعلناه بيعاً، ففي جواز الاعتياض عنه طريقتان مذكورتان في السلم والقطع بالمنع هي الصحيحة عندي، لأنه مقصود الجنس، فأشبه المبيع المقصود العين انتهى. ـ ملخصاً.

قاعدة: «كل عقد تعاقد عنه مقصوده، بطل من أصله» وإلى هذه.

قاعدة: الفعل والفاعل، والمفعول: أشياء متباينة ـ لا يمكن اتحادها وكذلك الخطاب والمخاطب» والمخاطب.

ومن ثم لا يبيع من نفسه، لئلا يتحد الموجب والقابل، فليس يتحد موجب وقابل ولا مقرض ومقترض، ولا مطلق ومطلق، ولا معتق ومعتق، ولا متصدق ومتصدق عليه، ولا مستوف ومستوفىً منه، ولا ساتر ومستور، ولا سواك ومستاك، ولا ساجد ومسجد ـ بفتح الجيم ـ أي موضع السجود ولا قابض ومقبض.

وهذه ـ في الحقيقة ـ قواعد، لا قاعدة واحدة نقدم الأخيرة منها لتكررها على ألسنة الفقهاء، فنقول:

قاعدة: «لا يتحد القابض والمقبض».

ومن ثم لا يبيع الوكيل من نفسه ـ ولو كان أباً للموكل ـ على الصحيح ومسائله كثيرة. وفي القاعدة تنبيهان:

أحدهما: أنه يستثنى منها مسائل.

منها: الأب والجد في حق الصغير.

ومنها: المبيع إذا كان في يد المشتري، استثناه الرافعي.

ومنها: أجر داراً، وأذن للمستأجر صرف أجرتها في عمارتها والدار ـ وقت العمارة ـ منتفع بها، فهو شرط صحيح. صرح به الرافعي في أوائل الإجارة، وقال ابن الرفعة: «لم يخرجوا ذلك على اتحاد القابض والمقبض[1]. وكأنهم جعلوا القابض المستأجر يتسلط على التصرف فيما قبضه لنفسه، فإن قدّرنا مع ذلك وكيلاً عن الآخر في القبض وقابضاً لنفسه، لزم اتحاد القابض من المستأجر وإن لم يكن معيناً كالوكيل عن الآخر وكالة ضمنية.

(١) في «ب» زيادة قال.

قلت: لكن القابض من المستأجر يتسلط على التصرف فيما قبضه لنفسه فإذا قدرناه مع ذلك وكيلاً عن الآخر في القبض وقابضاً لنفسه لزم اتحاد القابض والمقبض.

ومنها: يجوز تسلف الإمام الزكاة، وإذا تسلفها ـ بسؤال المالك والمساكين فتلفت في يده، فالأصح تتلف من ضمان المساكين، ولا وجه لصحة قبض الإمام ـ في هذه الصورة ـ وجعلها من ضمان المساكين إلا بالبناء على جواز اتحاد القابض والمقبض.

التنبيه الثاني: المانع من اتحاد القابض والمقبض ونظائره، أنه لا يعقل كون المرء طالباً ومطلوباً، وقريب منه: أن المرء لا يكون مأموراً بشيء، أو محكوماً فيه بشيء ثم يكون هو ذلك الشيء، أو بعضه، لئلا يتحد المأمور، والمأمور به أو يكون بعض المأمور هو المأمور به، أو المنهي، أو نحو ذلك، وذلك محال وإليه الإشارة بقولنا: لا يتحد ساتر ومستور، وسواك ومستاك، وساجد ومسجد، ونحوه، ومن ثم لا يؤمر المرء بقطع عضو من أعضاء نفسه ونحو ذلك، وقد يفترق الحال بين ما يتعاطاه المرء بنفسه وبين ما يتعاطاه بغيره، فيجعل الغير بالنسبة إليه كالآلة وذلك في مسائل:

منها: لا يجوز استياك المرء بأصبع نفسه، ويجوز بأصبع [الغير][1] الخشن على الأصح.

ومنها: لا فدية على المحرم إذا غطى رأسه بكف نفسه، وفي كف غيره وجهان أصحهما لا فدية، ووجه الفدية أن كف غيره كالآلة له، بخلاف كف نفسه؟ [لأنها][2] بعضه فتكون بعض المحرم عليه، فلا تكون محكوماً [بها][3] لئلا يتحد المحكوم به وعليه.

ومنها: يجوز أن يسجد على كف غيره، ذكره الرافعي في الحج في الإحرام وهذا بخلاف كف نفسه.

فروع الموجب والقابل:

منها: الوكيل في البيع، لا يبيع من نفسه على الصحيح ـ ولو قال: بع من نفسك ـ وثالثها الفرق، ولا يشتري من نفسه، وفيه الأوجه.

ومنها: لو وكل في طرفي النكاح فقيل: بالمنع: وقيل: على الخلاف.

---

(١) في «ب» بغيره. (٢) في «ب» فإنها. (٣) في «ب» به.

ومنها: الخلع: وفيه خلاف في البيع، وأولى بالمنع.

ومنها: لا يزوج الولي المرأة من نفسه، خلافاً لأبي يحيى البلخي.

ومنها: هل له تزويج أمته من عبده الصغير، إذا جوزنا أن له إجباره فيه وجهان.

ومنها: إذا وكله أن يصالح من نفسه، فوجهان ـ في البحر إذا عين له ما يصالح به فإن أطلق لم يجز له أن يصالح إلا على شيء تبلغ قيمته قدر الدين.

ومنها: قال المحاملي: لو قال كاتب نفسك على نجمين فعلى هذين الوجهين.

فروع المقرض والمقترض في مؤنة الرهن، وعامل المساقاة وهرب الجمال وناظر الوقف، ومؤنة اللقطة ومؤنة تعريفها ونفقة اللقيط، وإخراج فطرة الصبي، والنفقة على الوديعة، ونفقة الأم على الولد، وكذلك[1]، الجدة، وأجرة سكنى المعتدة، وأكل الطعام في المخمصة، وكل ذلك للضرورة. واختصاصه بالضرورة ينبهك على خروجه عن القواعد.

قال الشيخ عز الدين في أكل طعام الغير في المخمصة: «أقام الشرع المضطر في المخمصة مقام مقرض ومقترض ولك أن تقول: أو جعل هذا الإتلاف، وألزمه ـ بسببه ـ الضمان ولا حاجة إلى تقدير فرض،وبالجملة. الموضع موضع ضرورة ـ فليغتفر فيه ما لا يغتفر في غيره.

فروع المطلق والمطلق، والمعتق والمعتق.

فروع المتصدق والمتصدق عليه.

فروع المستوفي والمستوفى منه.

مسألة: أذن المؤجر للمستأجر في صرف الأجرة في العمارة، وتوكيل الدائن المديون في استيفائه، ومستحق القصاص من عليه القود ـ نفساً أو طرفاً ـ والإمام السارق في قطع اليد.

وفي الكل وجهان، حكى الإمام آخرهما في توكيل الجاني ليجلد نفسه، واستبعده ـ من جهة أنه متهم في إيلام نفسه ـ قال الرافعي: والمذهب في الكل المنع.

قلت: وأقرب الكل إلى الصحة استيفاء الدين إذ لا محذور فيه والصور مشتركة في اتجاه المستوفي والمستوفى منه غير أن بعضها ليس فيه زيادة على ذلك فيسهل

(١) في «ب» وكذا الجد.

أمرها، وذلك كاستيفاء الدين، وبعضها فيه زيادة على ذلك، وهي إذن المؤجر للمستأجر في العمارة، ففيه ـ مع اتحاد المستوفي والمستوفى منه ـ يمكنه بذلك من الصرف وهي زيادة سهلة ـ قد تحتمل ـ وأما قطع الطرف فأشد من ذلك، وأشد منه قتل النفس، فإن الشرع فيما يظهر لنا ـ يأبى ذلك، وينبغي أن يقال: لا يصح التوكيل، ولا يجوز لمن عليه القود أن يفعل ذلك بنفسه، وبتقدير الصحة هل نقول: إنه [يملك][1] أن يقبض من نفسه بعدما كان ممنوعاً منه؟ فيه بحث يتخرج، أن توكيله فيه [هل][2] تفويض يقتضي تمليكه هذا الفعل، ونعني بتمليكه إياه جعله مستحقاً أن يفعل ذلك بنفسه، وبتقدير جعله تمليكاً هل نقول يسقط القصاص عنه؟ فإنه لا يملك على نفسه إزهاقها. وملكه ذلك يقتضي سقوط الحق، وبتقدير كونه كذلك هل نقول: إن التوكيل فيه ـ وإن بطل ـ فلا يبطل عموم كونه أباح له ذلك، فليسقط القود، ويكون هذا التوكيل فيه كالعفو في كل ذلك نظر يجر إلى سقوط القود عمن وكل في استيفائه من نفسه وإن لم يصح التوكيل.

وإلى وقوع عتق من وكله مولاه في أن يعتق نفسه، والأقرب إلى كلام الأصحاب أنه لا يعتق، وأن القود لا يسقط. وفي كتاب الوكالة من شرح المنهاج للوالد رحمه الله، لو قال وكلت من شاء في عتق عبدي صح وكذا أفتى فيمن قالت أذنت لمن شاء من عقاد البلد في تزويجي وفرق بينه وبين توكيل من شاء في البيع: فإن البيع يتعلق الفرض فيه بعين البائع.

ولو تم ما قلته ـ أنا ـ من البحث، لكان يمكن أن يقال: توكيل من شاء ـ بالعتق ـ إعتاق، وما أظن أصحابنا يسمحون بذلك، ولم يتعرض الأصحاب للتفريع على بطلان الوكالة في القصاص، أنه هل يقع قصاصاً والظاهر أنه لا يقع.

وفي باب استيفاء القود إلى أن المستحق لا يستقل بالقطع والإذن دون إذن الإمام ـ فلو فعل وقع الموقع وأنه لو استقل المقذوف باستيفاء الحد ـ بإذن القاذف أو دونه ـ ففي الاحتساب وجهان فإن لم يحتسب.

[فإن][3] مات منه، وكان بغير إذنه، ووجب القصاص أو بإذنه فلا قصاص وفي

---

(١) في «ب» ملك. (٢) في «ب» هو. (٣) في «ب» فلو.

الدية خلاف كذا في الرافعي، ولك أن تقول: قوله إن كان بغير إذنه وجب القصاص إن كان الضرب كما أمر الشارع فهو لا يقبل، وإن قبل فهو شبه عمد فلا قصاص.

ومنها: لو وكله في إبراء نفسه، ففي الصحة وجهان، قال في البحر وإذا صح فليبرأ على الفور، فإن أخر لم يصح.

قلت: كأن ألحقه بتفويض الطلاق، وفي الروضة إذا قلنا: إنه تمليك فإنه يشترط إيقاعه على الفور.

فروع الساتر والمستور، والسواك والمستاك، والساجد [والمسجد][1] تقدمت الإشارة إليها.

وهذه فروع منها:

«مطالب هو المطالب، وعاقد هو المعقود عليه ومدع هو المدعى عليه» منها قد يكون مطالباً ومطالباً، فيما لو أجر لمؤجره العين المؤجرة، فالأصح الصحة، ثم يطالبه بتسليم العين ويطالب بذلك.

ومنها: قد يتحد العاقد والمعقود عليه، فيما لو وكل عبداً أن يشتري له نفسه من مولاه فإنه يصح على الصحيح مطلقاً وقال الماوردي: ظاهر المذهب أنه لا يصح، وفصل القاضي الحسين بين أن يأذن له مولاه. أو، لا.

ومنها: لو وكل السيد عبده في بيع نفسه، أو هبتها أو رهنها، أو وقفها. قال الرافعي في باب مداينة العبيد: إن له إجارة نفسه بإذن مولاه وكذا بيعها ورهنها - في الأصح - وفي الكتابة خلاف.

ومنها: مدع ومدعى عليه، فيما لو توكلا في الخصومة من الجانبين، قال الرافعي: «الأصح المنع».

والمسائل كلها من آثار اتحاد القابض والمقبض وقد تقدم ذكر ما يستثنى منها.

وأما طردها: أعني الصور التي لا يتحد فيها القابض والمقبض وقد ذكر اتحاد القابض والمقبض في شراء الأب لابنه من مال نفسه وبالعكس وفيما لو وكل الموهوب منه الغاصب، أو المستعير، أو المستأجر بقبض ما في يده من نفسه.

---

(١) في «أ» المسجود والمثبت من «ب».

وهنا ذكر الشيخ أبو حامد وغيره أنه يصح .

وإذا مضت مدة يتأتى فيها القبض برىء الغاصب والمستعير من الضمان. وفي مؤنة الرهن . إذا قال: كان الراهن غائباً ولا مال له، وقال المرتهن : أنا أنفق وأرجع .

وفي عامل المساقاة وفي هرب الجمال.

وفيما إذا انهدم الوقف قال الرافعي : يجوز للإمام أن يأذن للناظر في الاستقراض، أو الإنفاق على العمارة ـ من مال نفسه، وليس له الاستقراض دون إذن.

قلت: ويحتاج إلى الفرق بينه، وبين ولي اليتيم، إذ له أن يقترض له .

ومنها : مؤنة التعريف في اللقطة :

ومنها : نفقة اللقيط .

ومنها : إذا احتاجت الوديعة إلى نفقة، فأنفق من غير إذن الحاكم إذا لم يقدر على إذنه، ففي الرجوع أوجه في «الحاوي» ثالثها يرجع ان أشهد .

ومنها: لو خالع بحضانة ولده ـ وصححناه ـ فله أن يأمرها بصرف الطعام والشراب لولده .

وفي «الشامل» أنه ينبغي جريان خلاف فيه من الملتقط إذا أذن له في الإنفاق على اللقيط من ماله بشرط الرجوع .

ومنها : الطفل إذا امتنع الأب من الإنفاق عليه فأنفقت الأم من مالها ـ على قصد الرجوع ـ وأشهدت، رجعت، وإلا . فوجهان. كذا قال الرافعي ولعل ذلك إذا لم يكن قاض .

ومنها: في نفقة القريب إذا امتنع القريب، في كلام الرافعي أن القريب يستقرض على قريبه، وينفق على نفسه، فهذا مستقرض لنفسه على غيره .

وقد ذكروا الإشهاد في هذه الصور، ولم يتكلموا على [أنه ما][1] يشهد ـ لوضوحه ـ إلا في المساقاة .

قال الرافعي : يشهد على العمل: أو [على][2] الاستئجار، وبدل الأجرة بشرط الرجوع فإن لم يتعرض للرجوع فهو كترك الإشهاد قاله في الشامل .

---

(١) في «ب» ماذا.

(٢) سقط في «ب».

قلت: فليأت نظيره في كل إشهاد وفي الذخائر ـ في مسألة الوديعة أنه يشهد في كل نفقة.

ومنها: قال القاضي أبو سعد: إذا التقط هريسة فله الخيار بين الأكل والبيع، ثم يعزل القدر مدة التعريف، ثم يتصرف فيها، وقيل: لا يعزلها بل يعرفها بدون ذلك، وهذا قبض من نفسه لغيره.

ونظيره من اختلط له درهم بدرهم غيره فيقسم بنفسه ـ حكى عن ابن عبد السلام وفي المغصوب إذا غصبه مثله.

ومنها: في المعتدة المستحقة للسكنى ـ إذا غاب الزوج ولا مسكن له ـ.

قال الرافعي: إن أذن لها الحاكم أن [تكري][1] المسكن من مالها، أو تستقرض عليه، جاز.

ومنها: أجره بقدر من الدراهم، ثم أذن له في صرفها إلى العمارة وتقدمت.

ومنها: أذن لها الزوج في النفقة من دين له عليها ـ وهي موسرة ـ صح، أو معسرة فلها الفسخ، لأنها منظرة.

ومنها: إذا ظفر بجنس حقه، أو بعوضه جاز له أخذه وبيعه، واستيفاء حقه من ثمنه لمسيس الحاجة، قال ابن عبد السلام: فقد قام في حقه مقام قابض ومقبض، وفي بيعه مقام وكيل وموكل.

ومنها: لو أراد إخراج زكاة الفطر عن الصبي ليعود عليه.

قاعدة: الاستثناء الشرعي قد يلحق بالاستثناء اللفظي أو الحسي، وقد لا يلحق.

والفروع فيه متبددة، ولصاحب التهذيب في الحديقة المساقاة عليها كلام ـ سنذكره ـ استحسنه النووي، واعترضه ابن الرفعة بكلام طويل.

ولوالدي رحمه الله تصنيف في قسمة الحديقة عمله [بالديار][2] المصرية ثم أملى علي ـ في الشام ـ تصنيفاً سماه «الرياضة الأنيقة في قسمة الحديقة» اعترض في كل منهما كلام البغوي، وكلام ابن الرفعة، وارتضى لنفسه طريقة نفيسة، وأتى ببديع من القول.

---

(١) في «ب» تكتري.

(٢) في «ب» في الديار.

حاصله: أن الاستثناء الشرعي لا يضر ـ سواء كان المستثنى عيناً أو منفعة بخلاف اللفظي.

وفي كلام الإمام والغزالي والبغوي ما يقتضي إلحاق الشرعي باللفظي، وقد نازعه الشيخ الإمام فيه، وبيانه بصور ذكر ـ هو ـ رحمه الله تعالى فيما أملاه علي كثيراً منها، وضممت أنا إليها غيرها.

منها: بيع الأمة المزوجة صحيح، ولو باعها فاستثنى[1] منفعة بضعها لم يصح.

ومنها: «بيع العين المستأجرة صحيح» ولو باع داراً واستثنى منفعتها شهراً، لم يصح على الصحيح فيهما.

ومنها: إذا باع نخله [مؤبرة][2] وبقيت الثمرة للبائع، ثم حدث طلع جديد في تلك السنة، فالأصح أنه للبائع لا للمشتري ـ مع الاتفاق على صحة البيع.

ومنها: إذا باع ما يجز مراراً [كالعنب][3] والقصب، فجزتها ـ الظاهرة عند البيع ـ للبائع، وما يحدث بعد، هل هو للبائع. أو للمشتري؟ وجهان حكاهما الماوردي، مع الاتفاق على صحة البيع.

وجزم الرافعي بأن الظاهرة للبائع، والحادثة للمشتري وفرق بين هذه المسألة والمسألة السابقة بوجهين.

أحدهما: أن الطلع له حد ينتهي إليه، ولا حد للرطبة.

والثاني: أنه لا منفعة للمشتري في قطع الثمرة. وللبائع منفعة في ترك قطعها.

والرطبة في قطعها فائدة للمشتري وفي ترك قطعها فائدة للبائع. وبذلك يندفع عن الرافعي الاختلاف في كلامه.

ومنها: إذا باع حاملاً بولدين، بعد وضع أحدهما وبقاء الآخر مختبأ ففي كون المجتز للبائع أو للمشتري، قولان.

نعم: [قال الإمام]: إذا حكمنا بأن الولد للبائع، فيجب الحكم بفساد البيع في الأم ـ على ظاهر المذهب».

---

(١) وفي «ب» واستثنى. (٢) في «ب» زيادة وعليها ثمرة. (٣) في «ب» كالقط.

وهذا جار على ما اقتضته طريقته ـ من أن الاستثناء الشرعي كاللفظي .

ومنها : ذكر صاحب التهذيب وسبقه إليه صاحب المهذب أن التين والعنب إن ظهر بعضه ، فالظاهر للبائع ، وغير الظاهر للمشتري وتوقف الرافعي والنووي في هذه الصورة .

قال صاحب الوافي : ولم أجد للأصحاب في المسألة غير ما ذكره الشيخ يعني صاحب المهذب .

ومنها : لو باع العبد إلا يده أو رجله مثلًا لم يصح ، ولو كان مستثنى شرعاً ـ كما لو استحق قطع اليد عن قصاص أو سرقة صح ، ولا خيار للمشتري إن علم ، لكن ينظر ـ هنا ـ أن المبيع هل ورد على هذا المستحق فلا يكون من قبيل ما نحن فيه ، أو لم يرد؟ الذي يظهر الأول ، وأنه مع ذلك يستحق القطع .

ومنها : لو باع الماشية إلا شاة الزكاة ، لم يصح . للجهل بالمستثنى المؤدي إلى الجهل بالمبيع ، ولو باعها كلها ـ وقد وجبت فيها الزكاة ـ صح ، ويد الساعي ممتدة إلى اخذ شاة الزكاة ، فهي مستثناة شرعاً وقد نص عليهما الشافعي في الأم في أبواب البيع ، في باب [النقباء][1] في البيع والمبحث هنا ـ عن شاة الزكاة ـ والحالة هذه ـ هل ورد العقد عليها ثم الساعي يفسخه ، أو لم يرد العقد ثم على البائع ضمانها للمشتري ، وكذلك إذا بيع من عليه حد فزمان استيفاء الحد منه مستثنى شرعاً ، وإن كان لو استثنى هذا الزمان ـ لفظاً ـ لأبطل .

ومنها : لو باع داراً عليها حق ، ووضع جذعاً أو أجراً ما صح ، ولصاحب الحق استيفاؤه وهي منفعة مجهولة مدتها مستثناة شرعاً ، لو استثناها بلفظه لم يصح .

قاعدتان :

قال الأصحاب في باب الصلح : «الأجل لا يلحق ولا يسقط» .

أما قولهم : «لا يلحق» فإشارة إلى القاعدة الأولى ، وهي أن الحال لا يتأجل» .

---

(١) في «أ» المستثنى والمثبت من «ب» .

قال الشافعي رضي الله عنه في مختصر المزني في باب النهي عن بيع وسلف وهي آخر مسألة في هذا الباب: «ولو كان له على رجل حق - من بيع أو غيره - حال فأخره به مدة كان له أن يرجع متى شاء، وذلك لأنه ليس بإخراج شيء من ملكه، ولا أخذ منه عوضاً، فيلزمه، وهذا معروف له [لا يجب][1] أن يرجع فيه» انتهى.

وهنا صور يقع فيها وجوب تأخير الطلب لأمر خارجي - ليس لذات الدين - فيعتقد أن الحال [يؤجل][2] وليس كذلك.

منها: قال الرافعي في باب العقود المنهية - بعدما ذكر أن الحال [لا يؤجل][3]: «لو أوصى من له دين حال على إنسان بإمهاله مدة فعلى ورثته إمهاله تلك المدة لأن التبرعات بعد الموت تلزم قاله في التتمة، وسكت الرافعي عن هذا.

وضم الناس إلى هذه الصورة، ما إذا أنذر أن لا يطالبه إلى شهر، فإنه طاعة، يلزمه الوفاء به.

واعلم أن هذه الصورة في التتمة أيضاً، والعجب عدم ذكر الرافعي لها، وهي التي قبلها في التتمة، في موضع واحد.

وهذا لفظ التتمة، قال عقيب[4] ذكر ما نقله الرافعي عنه: «الثامنة: إذا كان له حق حل أجله فقال: إن شفى الله مريضي، أو رجع غائبي، فلله عليّ أن لا أطالبه شهراً فالحكم فيه كما لو نذر عيادة المرضى وتشييع الجنائز، انتهى.

ولا فرق بين الحال ابتداء وبأجل[5] بعدما كان مؤجلاً، في أن كلاً منهما لا يتأجل، وقد قال الرافعي - قبل هذا - ولو حل الأجل، فأجل البائع المشتري مدة، أو زاد في الأجل - قبل حلول الأجل المضروب - فهو وعد لا يلزم، كما أن بدل الإتلاف لا يتأجل - وإن أجله - انتهى. بلفظ الروضة.

---

(١) في «ب» لا يجب له.
(٢) في «ب» تأجل فيها.
(٣) في «ب» لا يتأجل.
(٤) في «ب» عقب.
(٥) في «ب» فاضل.

وأقول: هاتان الصورتان ـ الوصية والنذر ـ ليس فيهما تأجيل حال، بل تأخير الطلب مع الحلول، فلا ينقضان القاعدة.

ونظيرهما: المديون المعسر، يجب إنظاره، وليس هناك تأجيل، وكذلك إذا حل الدين، وجب تأخير الطلب به إلى فتح الصندوق وإحضار القفل أو المال من البيت، وكذا من دون مسافة القصر وكذا إلى بيع سلعة على ما ذكر الأصحاب في باب الكتابة وليس في شيء من هذا تأجيل الحال، ولا فرق بين هذه الصور ومسألة الوصية والنذر إلا أن الأجل فيهما معلوم، ولا أثر لذلك، ولو أن الناذر ـ في هذه المسألة مات. فهل لورثته المطالبة، لأن الدين حال والناذر قد مات ـ وهم لم ينذروا ـ أو عليهم الإمهال، لأن الحق انتقل إليهم؟ هكذا فيه نظر واحتمال.

فصل

وأما قولهم: «ولا يسقط» فإشارة إلى القاعدة الثانية، وهي أن المؤجل لا يصير حالاً».

ومن ثم لو أسقط من عليه المؤجل الأجل لم يسقط ـ على الصحيح واستخرج الأصحاب في باب الصلح من كون الأجل لا يلحق ولا يسقط أنه لا يصح الصلح من حال على مؤجل وعكسه.

فإن قلت: فقد قالوا ـ فيمن صالح من مؤجل على حال، وعجل المؤجل: أن الأداء صحيح «وكيف يصح الأداء ولم يحل المؤجل».

قلت: لا تعلق لصحة الأداء بحلول الأجل فإن من عليه دين مؤجل أن يؤديه حالاً ـ ولا يخرجه ذلك عن كونه مؤجلاً ـ لأنه متبرع: بخلاف ما يلزمه.

واعلم أن المطلقين لصحة الأداء ـ في هذه الصورة ـ الإمام والرافعي ومن تبعه.

وقد قيده الشيخ الإمام رحمه الله بما إذا عرف بطلان الصلح، فإن ظن صحته استرد قطعاً، قال: ولا يخرج على الخلاف فيما لو رهن معتقداً أو وجوب الرهن لأن الرهن عقد، بخلاف الدفع، والقصد معتبر في الدفع دون العقد.

وهذا الذي قاله الوالد متعين، يجب أن يكون الفتيا عليه. وهذه صور يضطر فيها إلى الحكم على المؤجل بحكم الحلول، وإن شئت قل: يضطر فيها إلى صيرورة المؤجل حالاً، وتقع ـ حينئذٍ ـ مستثناة من هذا الأصل.

منها: الموت يحل به الدين المؤجل لخراب الذمة.

ومنها: إذا استرق الحربي، حل عليه المؤجل نص عليه، فيقضي من ماله ـ الذي يغنمه القائمون ـ دينه.

ومنها: إسقاط من عليه الدين الأجل ـ على وجه ـ وقد صدرنا [به](١) القاعدة.

ومنها: حلول الدين بالفلس ـ على قول.

ومنها: حلوله بالجنون ـ على قول.

قاعدة: «الشرط الذي يقتضيه العقد لا يضر».

كالبيع بشرط الإقباض، وكما إذا شرط في الرهن أن يباع المرهون في الحق، وعبارة المحاملي أنه يصح وقد تكلمنا عليها في شرح المختصر في مسألة التعليل بعلتين، وقلنا: إن الصواب ما ذكره الإمام والغزالي والرافعي وغيرهم من أن شرط مقتضى العقد لا يضر، ولا ينفع، واستشهدنا له بأن تدبير المستولدة لا يصح.

ومن غرائب مسائل القاعدة قول البغوي في فتاويه: لو تزوج من وقع اليأس من احتمالها الجماع بشرط إلا يطأها، صح الشرط، لأنه يقتضيه العقد.

قال: وكذلك إذا كانت لا تحمل في الحال وشرط أن لا يطأها إلى مدة الاحتمال.

ثم يستثنى من هذه القاعدة الأمة إذا خالعت زوجها بمال، وشرطته إلى وقت العتق، فإنه يفسد، ويرجع بمهر المثل ـ بعد العتق ـ مع كون هذا الشرط مقتضى العقد، فإنه لو خالعها على مال [ثبت](٢)، ولم يطالبها الآن بشيء، وإنما يطالبها عند العتق.

---

(١) سقط من «ب».   (٢) في «ب» ثبت.

قال الشيخ الإمام الوالد رحمه الله في باب الخلع: «وهذا عجيب، شرط يوافق مقتضى العقد يبطله، ولذلك لو شرط في البيع الإنظار بالثمن إلى اليسار، لكن ذلك ليس من مقتضيات العقد، بل من مقتضى الشرع، ولا فرق، لأن الشرط الموافق للشرع لا يفسد.

قلت :وكذلك إذا استأجر اليهودي [شهراً][1] على عمل، فالثبوت تقع مستثناة من الاستيفاء، أو المسلم فأوقات الصلوات تقع مستثناة وكذلك أوقات القيلولة والراحة بالنسبة إليهما، فلو صرح بمقتضى ذلك في أصل العقد كان مبطلاً ـ على ما حرره الشيخ الإمام رحمه الله ـ غير أنه يقول: هذه الأوقات ليست متخللة بين أوقات الإجارة حتى تكون كإجارة العقب ـ ويجري فيها ما في تلك من الخلاف ـ بل المنفعة كلها للمستأجر مستحقة بمقتضى العقد ثم عليه توفيره عن العمل تلك الأوقات، ويظهر أثر ذلك فيما لو استعمله في تلك الأوقات، فلا تجب عليه أجرة زائدة ـ كما أشار إليه البغوي وصرح به الشيخ الإمام.

والحاصل أن ما [بقي][2] مستثنى لو صرح به لأبطل إنما المبطل ما إذا أراد خروج هذه الأوقات من العقد ـ بالكلية ـ قال: فهذا ينبغي أن يبطل العقد.

[وأقول][3]: قول الأصحاب: إنه يجوز الاستثناء للخدمة نهاراً ـ دون الليل ـ أما إذا أراد أن هذه الأوقات يقع توفيره فيها على العمل ـ مع كون عقد الإجارة وارداً عليها، فهذا تصريح بمقتضى العقد. فلا يضر، وبهذا يتبين ان ذكر مقتضى العقد لم يضر، وأن هذه الصورة لا ترد عليه، ولا يقال: أغفل ذكرها، لأنه حقق في شرح المنهاج أن هذه الأوقات مستثناة من الاستيفاء لا من الاستحقاق، وإن شئت [قل][4] من استيفاء المملوك، لا من الملك، وليست متخللة بين أوقات الإجارة، حتى تكون كإجارة العقب، ولا يطرقها الخلاف الذي في إجارة العقب، فيظهر أثر ذلك فيما لو استعمله في تلك الأوقات، [ولا][5] يجب عليه أجرة زائدة وبه صرح البغوي في القيلولة، وفيما لو

---

(١) سقط من «أ» والمثبت من «ب».

(٢) في «ب» تقع.

(٣) وفي «ب» وأول.

(٤) في «ب» قلت.

(٥) في «ب» فلا.

أسلم الذمي، وأتى عليه بعد إسلامه يوم السبت فيقول الشيخ الإمام: إنه يجب عليه العمل فيه، وأنه يتجدد له بالإسلام استحقاق توفيره أوقات الصلوات وفيما لو استأجر حائضاً فلا يستثنى أوقات الصلوات في حقها.

لكن إذا تقرر هذا. فأقول: ينبغي أن يقال مثله فيما إذا خالعت الأمة وشرطت المال إلى العتق فيقال: إن أرادت أن الاستحقاق موقوف على زمان مجهول فيبطل، وليس ذلك مقتضى العقد، وإن أرادت أن عليه إمهالها، فهذا لا يبطل، وهو الذي اقتضاه الشرع في هذا العقد فلا استثناء.

ونظير ذلك إذا قال: أنكحتكها على ما أمر الله به عز وجل، من إمساك بمعروف أوتسريح بإحسان، مقيداً الإيجاب به، قال الشيخ أبو محمد: يبطل لأنه نكاح بشرط.

والأصح الصحة: لأنه مقتضى العقد، وفصل الإمام فقال: إن أجراه [شرطاً][1] ملزماً، فالوجه البطلان وإن قصد الوعظ، لم يضر، وإن أطلق احتمل، واحتمل.

قلت: وهذا الذي قاله الإمام يشبه[2]، ما قاله الشيخ الإمام في الأوقات المستثناة إذا صرح بها في أصل العقد، غير أن في تفصيل الإمام رحمه الله نظر لأن صورة مسألة النكاح أن يقيد الولي الإيجاب بهذا الشرط ـ ويقبل الزوج مطلقاً ـ أو مكرراً له، وإذا ذكره على سبيل الوعظ لم يكن مقيداً، إلا أن يعني بالتقييد مجرد ذكره في اللفظ، لا قبله وهذا هو المعنى ـ على ما يدل عليه سياق الرافعي.

فصل

أما الشرط الذي لا يقتضيه العقد فيصح، إن كان من مصلحته، سواء مصلحة البائع ـ كالرهن والكفيل ـ والمشتري ـ ككونه كاتباً، وضمان الدرك ومصلحتهما ـ كالخيار لهما.

وقضية هذا أنه إذا أجره أرضاً ليزرع القمح، ولا يزرع غيره، يصح العقد

---

(١) في «ب» لفظ.

(٢) في «ب» زيادة الذي.

والشرط، وهو ما صححه الوالد رحمه الله ـ بعد أن حكى في المسألة ثلاثة أوجه عن مجرد القاضي أبي الطيب.

وإن لم يكن من مصلحته، فإن لم يتعلق به غرض يورث تنازعاً، كشرط أن لا يلبس إلا الخز، ولا يأكل إلا الهريسة، فالذي نص عليه الشافعي رضي الله عنه أنه لا يصح.

وأما ما قطع به الإمام الغزالي ـ من أنه لا يفسد ـ محجوج بما حكيناه من النص، وقد اقتضى كلام الرافعي والنووي أنهما لم يجدا في المسألة غير كلام الإمام الغزالي، لأنهما اقتصرا عليه، وذكر الرافعي الفساد بحثاً من قبله ـ معتضداً بكلام صاحب التتمة، وقال ابن أبي الدم: سمعت بعض الفقهاء يذكر أن الفساد وجه.

قلت: وقد أغنانا الله بما ذكرناه من النص عن تحقيق البحث: والوجه وأما ابن الصلاح فإنه استشكل ما ذكره الغزالي، فقال: الأجود أن يقرأ قوله: بشرط أن لا يأكل إلا الهريسة بالثاء [**ثالثة**][1] الحروف خطاباً للمشتري، كيلا ينازع منازع في عدم الغرض ـ على تقدير تصويره ـ فيما إذا اشترط للعبد المبيع.

قلت: وفي كلام النهاية والبسيط تأييد له وعبارة الإمام بشرط أن لا يلبس بعده إلا الخز، أو ما ضاهى ذلك من الاقتراحات، وفي نسخة معتمدة رأيتها ـ من البسيط ـ بما ذكره ابن الصلاح، لكن قد ينازع منازع في حكمه ـ ولو كان خطاباً للمشتري.

ويقول: قد يتعلق به غرض، ولذلك أصل وهو ما إذا أعطاه درهماً، وقال ادخل به الحمام، فقد قال القفال: إن كان غرضه تحصيل ما عينه لما رآه به من الشعث والوسخ، لم يجز صرفه إلى غير ما عينه، وسكت عليه الرافعي، وحكى النووي في التعيين ـ عن فتاوى القاضي الحسين ـ وجهين، وقريب منها مسألة أبي زيد في الكفن، وإذا صح تعلق الغرض به فلم لا يفسد كالمسألة المنصوصة.

وأما ما تعلق به غرض لأحدهما، وليس من مصلحة العقد، كشرط أن لا يقبض ما اشتراه، فيبطل.

---

(١) في أ، ب ثانية.

ويستثنى شرط عتق العبد، فالمذهب صحة البيع والشرط جميعاً.

فائدة: إذا عرفت أن شرط مقتضى العقد لا يضر ولا ينفع، علمت أن ما هو حاصل وإن تلفظ به اللافظ، فلا يضر ذكره، وهذا ليس على إطلاقه، بل قد لا يضر، كما مثل، وقد يضر، كما إذا نوى المتوضىء رفع الحدث والتبرد، فإنه يبطل على وجه مع أن التبرد المنوي حاصل ـ وإن لم ينوه ـ ولكن المذهب الصحة.

ونظير المسألة: الإمام إذا كبر ورفع صوته ونوى إعلام المأمومين جاز وإن كان لو رفع الصوت ولم ينو الإعلام، حصل، فنيته لا تؤثر ويقرب من ذلك بعتك إن شئت فالمذهب الصحة، ولا يضر لفظ التعليق على المشيئة، لأنه لو لم يشأ لم يشتر.

تنبيه: قد يتردد في أن الشيء مقتضى العقد أو لا فيورث ذلك تردداً في أن شرطه هل يبطل أو لا؟

وبيانه بصور.

منها: إذا كان العلو والسفل لواحد، فباع العلو وحده صح وهل للمشتري أن يبني فوق العلو؟ وجهان في الحاوي، قال الشيخ الإمام: ينبغي أن يكون أصحهما المنع، لأن الهواء حق لصاحب السفل، وإنما خرج عنه البناء عن الهيئة الموجودة عند البيع ـ ذكره في باب الصلح ـ وإن شرط أن لا يبني، صح، وليس له البناء قاله الماوردي.

قلت: فهذا بيع بشرط لم يضر، وكان يتجه أن يقال: إن كان من مقتضى العقد صح، وإلا فلا، وإن شرط أن يبني صح ـ خلافاً للمزني.

قاعدة: الاعتبار في تصرفات الكفار باعتقادنا لا باعتقادهم. خلافاً لمالك ـ ومن ثم إذا أتونا بما نتيقن أنه من ثمن خمر لا نأخذه في الجزية ـ خلافاً لمالك وإذا ذبحوا حيواناً وفتشوا كبده، فوجدوه ممنواً ـ أي ملصوق الكبد بالأضلاع ـ نأكله ـ خلافاً لمالك ـ حيث حرمه، لكونه حراماً عندهم.

قاعدة: حمل اللفظ إلى ما يتبادر إلى الذهن أولى.

ومن ثم يحمل على الحقيقة ما لم يترجح المجاز بشهرة أو غيرها كما لو قال: لا آكل من الشجرة فإنه يحمل على ثمرها، وإن كان خلاف الحقيقة لترجحه.

وهذا في شهرة تصير الحقيقة مرجوحة بالكلية، أما شهرة لا تمنع استعمال الحقيقة فهي مسألة المجاز الراجح، والحقيقة المرجوحة، وفيها المذاهب المعروفة.

قاعدة: اللفظ موضوع - عندي - لأعم من الصحيح والفاسد ولا يحمل عند الإطلاق إلا على الصحيح.

وهذه قاعدة حققتها في باب المناهي من شرح المختصر، وأغرب الرافعي فقال في كتاب الايمان - عند الكلام على قول الوجيز - ولو قال: لا أبيع الخمر من النوع الثالث ما نصه «وسيأتي خلاف في أن لفظ العبادات، هل يحمل على الصحيح؟ كما إذا حلف لا يصوم، ولا يصلي» انتهى.

والخلاف غريب، لم أره حكاه قبل ولا بعد.

قاعدة: اللفظ إذا أطلق - اسماً - على شيئين، وجود أحدهما يعقب وجود الآخر، فإنه يحمل على الأول ولا يجعله الإطلاق مجهولاً[1] على الأصح «ومن ثم لو وقت السلم بجمادى أو ربيع، أو العيد، ينزل على الأول.

قاعدة: لا يثبت حكم الشيء قبل وجوده.

هذا هو الأصل، ولكن اختلف الأصحاب في المشرف على الزوال، هل يعطى حكم الزائل؟ وربما قالوا: «المتوقع هل يجعل كالواقع؟ أو ما قارب الشيء هل يعطى حكمه؟

وهي عبارات عن معبر واحد، وربما جزموا بإعطائه حكمه، وذلك نقض على الأصل، لقوة أصل آخر عليه، اجتذب ذلك الفرع، وانتزعه، وهذا شأن كل المستثنيات من القواعد - كما حررناه في الأصل - وإليه [أشار][2] بقول الشافعي رضي الله عنه: «والقياس قياسان: أحدهما: في معنى الأصل، فذلك [الذي][3] لا يحل لأحد خلافه، ثم قياس: أن يشبه الشيء بالشيء، وموضع الصواب عندنا. والله أعلم - أن ينظر - فأيهما كان أولى لشبهه، صيره إليه - إن أشبه أحدهما في خصلتين والآخر في خصلة، ألحقه بالذي هو أشبه في خصلتين، انتهى.

---

(١) في «ب» محمولاً.

(٢) في «ب» الإشارة.

(٣) سقط في «ب».

مثال إعطاء المشرف حكم الزائل، تحريم وطء المشتري الجارية المبيعة بعد التحالف وقبل الفسخ ـ وفيه وجهان مرتبان على الوجهين في تحريم الوطء بعد الترافع إلى مجلس الحكم [**والتحالف**][1] والمصحح من هـذين ـ الحل والتحريم ـ بعد التحالف أولى، وربما لم يعطوه حكمه كبيع العبد المريض والجاني فإنه صحيح مع الإشراف على الزوال ـ وذلك هو الجادة، فلا يطلب له علة تخصه.

قاعدة: الزائل العائد، كالذي لم يزل، أو كالذي لم يعد»[2].

في أكثر صوره خلاف منتزع الأصل من قولين منصوصين فيما إذا قال لعبده: إذا جاء رأس الشهر فأنت حر، ثم باعه، ثم اشتراه ـ ثم جاء رأس الشهر ففي العتق قولان وهما يشبهان الخلاف، أيضاً ـ فيما إذا علق طلاق زوجته بصفة ثم أبانها، ثم جدد نكاحها، ثم وجدت الصفة.

ومن مسائله:

لو أفلس بالثمن، وقد زال ملكه عن المبيع وعاد، هل للبائع الفسخ؟

ومنها: لو وهب لولده وزال ملك الولد وعاد، هل للأب الرجوع؟

ومنها: لو عاد التبذير بعد ما بلغ رشيداً، فالأصح يعيد القاضي الحجر ولا يعود بنفس التبذير.

ومنها: لو بيع شقص، فارتد الشريك، وقلنا: الردة تزيل الملك، فإن عاد إلى الإسلام، وعاد ملكه، ففي ثبوت ذلك[3] تردد عن الشيخ أبي علي، يتجه تخريجه على الزائل العائد، والظاهر المنع.

ومنها: إذا نقص بعض الأربعين في الخطبة وعادوا ـ وقد مضى ركن ـ فهذا الزائل العائد كالذي لم يعد قطعاً، وتبطل الخطبة، وإن سكت ولم يطل الفصل إلى أن عادوا، فهو كالذي لم يزل وتصح وإن طال فقولان، أصحهما البطلان، وإن نقصوا في الصلاة: بطلت مطلقاً على أظهر الأقوال، وهو كثير، ومن أماكن الجزم، القاضي إذا سمع البينة، ثم عزل، ثم ولي، فلا بد من استعادتها، أما إذا خرج عن محل ولايته ثم عاد، ففي استعادتها وجهان.

---

(١) في «ب» قبل التحالف.

(٢) المنثور ٢ / ١٧٨، الأشباه للسيوطي ١٧٦.

(٣) في «ب» الشفعة.

ولو باع النصاب في أثناء الحول، ثم استرده بسبب جديد، ولم يقل أحد بأنه كالذي لم يزل حتى تجب الزكاة في ذلك الحول، فلذلك قضى الشيخ الإمام [بعدم][1] اطـراد القاعدة، ولم يرها أصلاً يعتمد، وخرج ابن الرفعة عليها الوجهين فيما لو أدى الضامن الدين ثم وهبه رب الدين منه، هل يرجع على الأصيل [المضمون][2] عنه فإن قلنا: كالذي لم يزل، لم يرجع على الأصيل المضمون عنه وإلا رجع.

وضعف بناء [الرافعي][3] أياهما على القولين، فيما لو وهبت الصداق من الزوج ثم طلقها قبل الدخول، من حيث إن الهبة لو فقدت ووقع الطلاق، لكان الشطر عائداً للزوج بعينه، قال: فهبته منه تعجيل ما[4] سيجب، وهذا المعنى لا يتحقق فيما نحن فيه.

قلت: وتخريج القولين ـ في هبة الصداق ـ على القاعـدة ظاهـرة ولهذا يـظهر تخريج مسألة الضمان عليهما.

فإن قلت: فلم احتجت إلى الواسطة.

قلت: لعله لما ذكره ابن الرفعة.

قاعدة: لا فرق في ضمان المتلف بين العلم والجهل.

ولا يرد ما إذا استعمـل العارية ـ بعد الرجوع ـ جاهلاً به، حيث لا تجب عليه الأجرة فيما إذا ذكر القفال: «وإذا أمر السلطان رجلاً بقتل رجل ـ بغير حق ـ والمأمور لا يعلم. حيث لا دية على القاتل.

وإذا جن المحرم، ثم قتل صيداً، حيث لا جزاء واجب في الأظهر من القولين.

وإذا قتل مسلماً ـ ظن كفره ـ بدار الحرب، فالأصح لا تجب الدية. وإذا رمى إلى مسلم تترس به المشركون، حيث لا دية إذا جهل إسلامه.

وإذا باشر الولي [القصاص][5] من الحامل جاهلاً بحملها فالأصح أن الدية على السلطان.

---

(١) في «ب» بعد.

(٢) في «ب» المعتمد.

(٣) سقط من «ب».

(٤) في «ب» لما.

(٥) في «ب» الاقتصاص.

وإذا أباح له ثمرة بستان ثم [رجع، **فأكل بعد الرجوع قبل العلم حيث لا يغرم في أحد الوجهين وإنما**][1] ذلك لما ذكرناه في الأصل.

قاعدة: كل ما لا يعلم إلا من جهة الشخص، يقبل قوله فيه ومن ثم مسائل:

منها: يقبل قولها في الولادة والحيض وشكك بعضهم في كون هذين لا يعلمان إلا من جهتها، وادعى إمكان إقامة البينة عليهما، وهو في الحيض متعذر، وفي الولادة غير متعذر.

ومنها: إذا علق طلاقها بالمشيئة أو الرضا، أو الإرادة [**أو إضمارها**][2] بعضه، ونحو ذلك. ومنها تصديق الأب في دعوى الاحتياج إلى النكاح ـ على الصحيح.

ومنها: إذا ادعت أنها حامل وقف الميراث.

ومنها: يكف عن قتل مدعية الحمل إذا وجب عليها القصاص.

ومنها: إذا قال: أخرج يدك، فأخرج اليسار، فقطع ثم اختلفا، فقال المخرج: قصدت بإخراجها قطعها عن اليمين. وقال القاطع: بل أبحتها، صدق المخرج.

ومنها: إذا باعه صاعاً من صيعان مجهولة الجملة ثم اختلفا، فقال المشتري أردت الإشاعة وقال البائع: [**بل**][3] أردت معيناً، فالأرجح أن القول قول البائع.

وأمثلة كثيرة وعد منها بعض الطلبة إذا قال لزوجته: إن علمت كذا فأنت طالق ـ متوهماً أن علمها لا يعلم إلا من جهتها، وأن قولها فيه مقبول فتطلق إذا قالت: علمت.

والفرع لا أعرفه مسطوراً، ومما حفظته وعلقته من فوائد أخي الإمام المحقق بهاء الدين أبي حامد شيخنا وبركتنا أطال بقاءه «أنه ينبغي أن لا تطلق بقولها علمت: لأن [**إحدى**][4] قيدي العلم المطابقة الخارجية، ولا يقبل قولها فيه، لإمكان إقامة البينة عليه، فلا بد أن يعلم من خارج وقوع ذلك الشيء.

قلت: وهذا حق، ويشهد له أن الرجل لو قال لآخر: أنت تعلم [**أن**][5] العبد الذي في يدي حر، حكم بعتقه، نقله الرافعي عن خط الروياني، عن بعض الأئمة،

---

(١) سقط من «أ» والمثبت من «ب».
(٢) في «ب» اختيارها.
(٣) سقط في «ب».
(٤) في «ب» أحد.
(٥) في «ب» زيادة هذا.

محتجاً بأنه لو لم يكن حراً، لم يكن المقول له عالماً بحريته، وقد اعترف السيد بعلمه.

وهذا بخلاف ما لو قال: أنت تظن، ويشبهه، ما رأيته في أدب القضاء لشريح الروياني «أنه لو قال له: عليّ ألف ـ فيما أظن أو أحسب ـ لم يلزمه، وإن قال: فيما أعلم أو أشهد، لزمه. ويستثنى من هذه القاعدة مسائل:

منها: لا يصدق السفيه في دعوى توقان نفسه واحتياجه للنكاح.

ومنها: لا تصدق[1] في دعوى الحمل حتى يدفع إليها النفقة.

ومنها: إذا اختلف الزوجان في أنه نوى الطلاق إذا أتى بلفظ الكناية فإن القول قول الزوج[2].

قاعدة: قال أبو عاصم العبادي في أدب القضاء ـ وتبعه. أبو سعد الهروي في أواخر كتاب الإشراف: «لا يقتص من نفسه لغيره إلا في مسألتين».

إذا أكل اللقطة، وأخذ الثمن من نفسه وصار أمانة، قال أبو سعد: «يعني إذا أخذ قيمته من نفسه وعرفها ـ فهي أمانة ـ في أحد الوجهين.

والثانية: إذا قال [اقبض ما لي][3] عليك من الدين، فأسلم في كذا، صح قال ابن سريج[4]: والمذهب أنه لا يصح، ـ انتهى.

قلت: أما مسألة اللقطة إذا أكلها، فالأصح ـ على ما ذكر الرافعي [ووقف][5] فيه الشيخ الإمام ـ وجوب التعريف بعد ذلك، قال الإمام: إلا أن يكون في الصحراء.

والأصح أنه لا يجب ـ بعد ذلك [إقرار][6] القيمة لأن ما في الذمة، لا يخشى هلاكه وإذا أفرز كان أمانة في يده ولعل الوجهين اللذين أشار أبو عاصم إليهما بقوله: فهي أمانة ـ في أحد الوجهين همـا هذان، ولا يريد أن الخلاف في كونه أمانة، بل في أنه هل يفرز، أو لا.

فإن قيل: بالإفراز، كان أمانة، ثم على القول بوجوب الإفراز ـ قول أبي عاصم أنه يقبض لغيره من نفسه ـ غريب، والمحفوظ أنـه يرفـع الأمر إلى الحـاكم ليقبض عن صاحبه، وللإمام احتمال في أن الملتقط يقيم نائباً عن المالك.

---

(١) في «ب» زيادة السفيه.
(٢) في «ب» فإن الزوج لا يصدق.
(٣) سقط في «ب».
(٤) في «ب» قاله ابن سريج.
(٥) في «ب» وتوقف.
(٦) في «ب» إفراز.

هذا ما في الرافعي، والذي في تعليق القاضي الحسين، أنها على وجه الإفراز - توضع عند عدل، فلا أعرف من قال بأن الملتقط يقبض من نفسه لغيره، غير أبي عاصم.

وأما مسألة السلم: فمقالة ابن سريج غريبة وما أراها إلا المسألة التي ذكرها الرافعي في باب الوكالة حيث قال: إذا قال لرجل أسلم في كذا وأد رأس المال من مالك، ثم ارجع عليَّ: «قال ابن سريج: يصح ويكون رأس المال قرضاً - على الأمر - وقيل: لا يصح، لأن الإقراض لا يتم إلا بالإقباض، قال النووي.

قلت: الأصح - عند الشيخ أبي حامد: وصاحب العدة - أنه لا يصح وهو نص الشافعي في الصرف.

قال الشيخ أبو حامد: وما ذكره أبو العباس سهو وبقيت مسائل:

منها: قول الرافعي فيما [إذا][1] أجره داره بدراهم معلومة، ثم أذن له في الصرف إلى العمارة [أنه يجوز][2] وقد قدمناه في قاعدة: «اتحاد القابض والمقبض» وذكرنا بحث ابن الرفعة فيه وما فيه من النظر.

أقول - هنا: إن مقالة ابن سريج، تؤيد قول الرافعي، وفي قول أبي عاصم: «المذهب أنه لا يصح ما يرد عليه» وهو القياس.

ومنها: إذا باع مال نفسه لولده - المحجور - فإنه يقبض من نفسه لولده.

قاعدة: كل ما أنقص العين أو القيمة - نقصاً يفوت به غرض صحيح ويغلب في أمثاله عدمه - فهو عيب يرد به المبيع».

قال الرافعي: وإنما اعتبر نقصان العين للخصاء، فإنه يرد به - وإن لم ينقص القيمة - [لكونه][3] أنقص العين وإنما لم نكتف بنقص العين واشترط فوات غرض صحيح، لأنه لو قطع من فخذه أو ساقه - قطعة يسيرة، ولا تورث شيئاً، ولا تفوت غرضاً، لا يثبت الرد.

واعترضه ابن الرفعة، بأن في تصويره عسراً، فإن آثار الجرح تثبت الخيار - كما نقله في الإشراف.

---

(١) في «ب» لو. (٢) سقط في «أ» والمثبت من «ب». (٣) في «ب» لأنه.

وفيه نظر: فإن هذا لا يسمى جرحاً، وإن فرض أنه يسمى - ولم يندمل فذاك ينقص القيمة، ويفوت به غرض.

ثم قال الرافعي: ولهذا قال صاحب التقريب: إن قطع من أذن شاة ما يمنع التضحية، ثبت الرد، وإلا، فلا.

واعترضه ابن الرفعة بأنه تبع في ذلك الإمام، وأن بعضهم اعترض الإمام فيه - بأن الإمام نفسه خطأ من يعتبر العيب بالضحايا، إذ مقصود العيب المال، ومقصود الضحايا حسن النظر وكمال الصورة - ولك أن تدعي تلازمهما غالباً، ثم قوله: إن قطع من أذنها بما يمنع التضحية يقتضي أن قطع بعض الأذن - منه ما يمنع من التضحية، ومنه ما لا يمنع والأصح أن إبانة جزء من الأذن يمنع الإجزاء، وفي التعريف أيضاً احتراز عما إذا وجد العبد والجارية مختونين، فإن فات جزء من أصل الخلقة بالختان، لكن فواته مقصود دون بقائه، فلا رد به - إذا كان قد اندمل - وإنما اشترط كون الغالب، في أمثاله عدمه، لأن الثيابة - مثلاً - في الإماء معنى ينقص القيمة، لكن لا رد به إذا كانت كبيرة، في سن - لا تغلب فيه البكارة - لأنه ليس الغالب فيهن عدم الثيابة.

ومن مسائل القاعدة:

عدم نبات عانة الجارية - حدث ذلك في زمن القاضي أبي عمر المالكي، وقضى بأنه عيب. وذكره اثنان من أصحابنا وهما الهروي «في الإشراف» والقاضي شريح الروياني في كتاب «أدب القضاء» [قالا][1]: انه عيب وفيه - عندي - نظر، وأقصى ما يشبه به الحيض، فإن من لا تحيض ترد بهذا العيب، لدلالته على ضعف في الخلقة، فإن كان يقال: إن عدم إنبات العانة يدل على فساد المنبت فهو عيب، لكنني لا أعتقد ذلك وكون المبيع مما قيل إنه موقوف وإن لم يثبت ذلك فائدة: عرفت الضابط في عيب المبيع، وقال النووي في تهذيب اللغات، العيب ستة أقسام، عيب المبيع، ورقبة الكفارة والغرة، والأضحية، والهدي، والعقيقة، وفي أحد الزوجين، وفي الإجارة. وحدودها مختلفة.

- ففي البيع ما ينقص المالية، أو الرغبة، أو العين.
- وفي الكفارة ما يضر بالعمل إضراراً بيناً.
- وفي [الأضحية والهدي[2] والعقيقة] ما ينقص اللحم.

---

(١) في «ب» وقالا.

(٢) في «ب» تقديم وتأخير.

ـ وفي النكاح ما ينفر عن الوطء، ويكسر سورة التوقان.

ـ وفي الإجارة ما يؤثر في المنفعة تأثيراً يظهر به تفاوت في قيمة الرقبة لأن العقد على المنفعة وعيب الغرة كالمبيع.

قلت: ولم يذكر عيب ابل الدية، وعيب الزكاة وعيب الصيد في الإحرام وعيب الصداق إذا طلقها قبل الدخول لدخولها فيما ذكره فليتأمل.

قاعدة: كل عيب يوجب الرد على البائع، يمنع الرد إذا حدث عند المشتري.

قال الرافعي: إلا في الإبل، قال ابن الرفعة والوالد رحمهما الله ولعله احترز به عما ذكره ابن الصباغ، من أنه لو اشترى عبداً له أصبع زائدة، فقطعه، فإنه يمنع الرد، أي: وإن كان قطع الأصبع الزائدة، إذا وجد في يد البائع، واندمل، لا يرد به المشتري، كما قاله المتولي والبغوي.

قاعدة: ذكرها الإمام في كتاب البيع، وأشار إليها الرافعي في باب التفليس «الحمل يندرج في كل عقد معاوضة صدر بالاختيار» كبيع الجارية المرهونة والرد بالعيب، والرجوع بسبب الفلس، أو انتفاء العوض كالرهن والهبة ـ ففي التبعية قولان.

فإن قلت: قضية هذا أن يجري قولان في العتق لانتفاء [العوض][1] ولا خلاف أنه إذا أعتق حاملاً، تبعها الحمل.

قلت: ليس العتق من العقود، والكلام فيما هو عقد، على أن الرافعي.

قال في مكان: إن الوصية عقد، وإذا كانت عقداً، كان العتق عقداً. ولكن ذلك غير مسلم.

قاعدة: ما في الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح.

وهذه القاعدة قد تنقض بما نقله الرافعي عن صاحب التتمة ـ ساكتاً عليه ـ أن الزوج المختلع إذا وكل محجوراً في قبض المال من الزوجة، ففعل كان مضيعاً له وتبرأ المرأة بالدفع ـ مع أن توكيل المحجور في القبض لا يصح لكن الشيخ الإمام قال: هذا إذا كان العوض معيناً أو كان الطلاق معلقاً بدفعه، أما إن كان الخلع على مال في ذمتها ـ فينبغي أن لا يصح القبض وإذا أتلف ضاع على المرأة.

---

(١) في «أ» الفرض والمثبت من «ب».

قاعدة: متلقاة عن الشيخ أبي إسحاق الشيرازي رحمه الله: كل خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال، فهو على الفور.

قال المتكلمون على احترازاته:

إنه احترز بقوله: «ثبت بالشرع» عن خيار الشرط في المبيع.

وبقوله: لدفع الضرر عن المال عن خيار الأمة إذا أعتقت تحت عبد إذا قلنا: ليس الخيار على الفور ـ وعن خيار المرأة في المطالبة بالفيئة أو الطلاق في الإيلاء والخيار بين القصاص والدية، وعن خيار المجلس، فإنه ليس لدفع الضرر، بل قد لا يكون ضرر أصلاً وعن خيار العنة أيضاً.

فاشتملت هذه القاعدة على خيار العيب، فإنه على الفور ولذلك قال في المهذب: فيما إذا وجد بالمشترى عيباً، فأراد الرد لم يؤخره، فإن أخره ـ من [عذر][1] سقط الخيار، لأنه خيار ثبت ـ بالشرع ـ لدفع الضرر عن المال، فكان على الفور كخيار الشفعة.

واشتملت ـ أيضاً ـ على الشفعة ـ ولذلك قال في باب الشفعة ـ من المهذب أيضاً إن أخر الطلب ـ من غير عذر ـ سقط، لأنه على الفور، فسقط بالتأخير من غير عذر كالرد بالعيب وأكثر الناس البحث عن قياس الشيخ ـ الرد بالعيب على الشفعة ـ والشفعة على الرد بالعيب. وهو موضع معروف بالإشكال عندهم ـ والمحققون يبحثون ـ عند الانتهاء إلى هذا الإشكال ـ علماً منهم أن هذا الشيخ ـ الذي هو أستاذ أرباب الجدل ـ لا يفعل ذلك سدى، وأقصى ما انتهوا إليه ـ قولهم: قاس العيب على الشفعة، لورود الخبر فيها، وعكس في الشفعة، لاتفاق أكثر العلماء على أن الرد بالعيب ـ على الفور ـ بخلاف الشفعة ونظيره قياس القراض على المساقاة لورود الخبر فيها، وعكسه، الإجماع على القراض.

وقال الشيخ الإمام، في تكملة شرح المهذب: إن من تأمل كلام الشيخ في باب الشفعة، حكم بعدم صحة السؤال، فإنه لم يقس كونها فورية على الرد بالعيب، وإنما قاس سقوطها ـ بالتأخير عليه وهما غيران ثم اعترض على نفسه، بأن الفورية إن لزمها

(١) في «ب» من غير عذر.

السقوط بالتأخير، لم يحتج في الشفعة ـ إلى قياسه على الرد بالعيب، وإلا، فلا يكفي، في الرد بالعيب ـ القياس على الشفعة.

قال: «وقد خطر لي ـ في الجواب عن ذلك والاعتذار عن المصنف في جعله سقوط الشفعة بالتأخير، بعد تقدير كونه على الفور مقيساً على الرد بالعيب ـ مسألة غريبة، نقلها أبو سعد الهروي عن تعليق البندنيجي، إن الشافعي نص ـ في اختلاف العراقيين ـ على القول الصحيح، إن الشفعة على الفور، أن للشفيع خيار المجلس.

فلعل الشيخ أبا إسحاق، اطلع على النص القائل «بأن الشفعة لا تبطل بالعفو، ما دام في المجلس» ـ على قول الفور ـ ولا شك أن التأخير. أولى بعدم البطلان، فأراد أن يدفع ذلك بالقياس على الرد بالعيب وبهذا ينتفي السؤال عنه.

قال الشيخ الإمام: على أني نظرت باب الشفعة ـ من اختلاف العراقيين نظراً فلم أر هذا النص فيه، وهو غريب مشكل ولكنه في نصوص الشافعي لأحمد بن بشرى. وهو قضية اختلاف الأصحاب في ثبوت خيار المجلس في الشفعة».

قلت: وهو وجه مصرح به.

ثم يستثنى من هذه القاعدة خيار التصرية فإنه يمتد ثلاثة أيام ـ على ما صححه [الشيخ][1] الإمام ـ خلافاً للرافعي والنووي، وهو خيار ثبت بالشرع، لدفع الضرر عن المال ـ لكن الشيخ الإمام أجاب عن إيراده على القاعدة «بأنه خيار شرع، لا خيار عيب أي ثابت بالحديث ـ ولذلك يثبته مع العلم، وإذا كان كذلك فلا يكون لدفع الضرر عن المال».

قاعدة: ذكرها الإمام في باب الرد بالعيب في فصل التدليس وجعلها ضابطاً لما يحرم من التدليس وما لا يحرم.

من علم شيئاً يثبت الخيار فأخفاه، أو سعى في تدليس فيه فقد فعل محرماً فإن لم يكن السبب مثبتاً للخيار فترك التعرض له لا يكون من التدليس المحرم.

قلت: ولك أن تختصر هذه العبارة فتقول: «يحرم إخفاء ما يثبت الخيار دون ما لا يثبت» وقد كان يختلج في الذهن أن ما لايثبت الخيار أولى بالتحريم إذ لا استدراك لفارطه بخلاف مثبت الخيار.

(١) سقط في «ب».

ونص الشافعي رضي الله عنه ـ حيث قال: «وكذلك المدلس قد عصى الله تعالى والبيع لازم والثمن حلال» يدل لتحريم كل تدليس.

وهذا نص حكاه الماوردي في الحاوي: قبيل فصل تلقي الركبان، وحكى أن أبا علي بن أبي هريرة رحمه الله تعالى كان يقول: «إن ثمن التدليس حرام لا ثمن المبيع، ألا ترى أن المبيع إذا فات رجع على البائع بأرش عيب التدليس، فدل على أنه أخذ منه بغير استحقاق» انتهى.

وهذا الذي حكاه عن ابن أبي هريرة[1] غريب ومعناه أن الزيادة بسبب التدليس محرمة لا جملة الثمن.

ولم يذكر صاحب البحر هذا ـ مع كثرة استقصائه لكلام الحاوي ـ ثم إن الإمام رحمه الله قال ـ بعد ذكر هذه القاعدة: «ومما لا يجب التعرض له ذكر القيمة فليس البائع مقيداً ـ في الشرع ـ بأن يبيع الشيء بثمن مثله قال: وهذا ينبني على ما ذكرناه، فإن الغبن بمجرده ـ إذا ـ اطلع عليه المشتري لا يثبت له خيار ـ انتهى.

وقد حكى الشيخ الإمام رحمه الله هذا كله عن الإمام في أوائل باب الرد بالعيب من تكملة شرح المهذب ـ ساكتاً عليه.

وأقول: إن أراد الإمام أنه لا يجب على البائع ذكر قيمة المبيع ـ في نفسه ـ فهو حق، وليس عدمه تدليساً البتة، وإن أراد ما إذا اشترى بغبن ثم أراد البيع ـ في باب المرابحة ـ فالصحيح وجوب ذكر الغبن، لكن صحح الإمام والغزالي عدم وجوبه، فالإمام جار على أصله غير أنه أشار إلى هذه المسألة بقوله: «إذ الغبن ـ بمجرده ـ إذا اطلع عليه المشتري لا يثبت له خيار» إن أراد به الغبن في المبيع من حيث هو إذا اشتراه بدون قيمته ولم يبعه مرابحة ولا أخبر بالثمن فصحيح وليس مما نحن فيه.

---

(١) الحسن بن الحسين القاضي أبو علي بن أبي هريرة البغدادي أحد الأئمة من أصحاب الوجوه تفقه على ابن سريج وأبي إسحاق المروزي ودرس ببغداد وروى عنه الدارقطني وغيره وتخرج به جماعة من الأصحاب مات ببغداد في رجب سنة خمس وأربعين وثلاثمائة ـ ابن قاضي شهبة ١ / ١٢٦، تاريخ بغداد ٧ / ٩٨، وفيات الأعيان ١ / ٣٥٨، شذرات الذهب ٢ / ٣٧٠، البداية والنهاية ١١ / ٣٠٤، ابن السبكي ٣ / ٢٥٦.

وإن أراد الغبن في المرابحة ـ حيث يخبر بالثمن ـ ففيه إشارة إلى أنا إن وجبنا الإخبار عند ذكر الثمن فلم يخبر لا يثبت الخيار.

ويمكن تخريج وجهين في ذلك ـ مما إذا صاحبه ـ فإن[1] في ثبوت الخيار للمشتري وجهين أصحهما ـ عند النووي ـ ثبوته.

وفي القاعدة طرداً وعكساً ـ مسائل:

منها: من علم بالسلعة عيباً لم يجز له أن يبيعها حتى يبين عيبها. وشذ المحاملي والروياني فقالا: إن ذلك يستحب.

قال الشيخ الإمام ـ في تكملة شرح المهذب: «وهي عبارة رديئة موهمة» فلا يقول أحد ـ له علم ـ بعدم الوجوب وإن باع ـ ولم يبين العيب، ثبت الخيار.

ومنها: لو اشتراه بدين ـ من مماطل ـ وجب الإخبار عنه في بيع المرابحة.

ومنها: لو اشتراه من ابنه الطفل وجب الإخبار.

ومنها: يجب على البائع الصدق في قدر الثمن وفي الأجل والشراء بالعرض وبيان العيب الحادث عنده فلو قال: بمائة فبان بتسعين فالأظهر أنه يحط الزيادة وربحها وأنه لا خيار للمشتري.

قاعدة: من كان القول قوله في شيء، كان القول قوله في صفته وعبارة أبي سعد الهروي عن هذا ـ في الإشراف ـ «من قبل قوله في أصل الشيء ـ قبل في فرعه لأنه تابعه».

ولو ضايقنا في العبارة لقلنا: «الفرع غير الصفة غير أن الظاهر أن المراد واحد فلا نقف في ذلك.

ومن ثم لو قال: بعتك الشجرة ـ بعد التأبير ـ فالثمرة لي، وقال المشتري: بل قبله فلي فالقول قول البائع، ومسائل يطول عدها. وذكر القاضي أبو سعد: أنه استثنى من هذه القاعدة ثلاث مسائل:

إحداها: مسألة الخياط ـ إذا قال المالك: أذنت في قطع الثوب قميصاً. وقال الخياط: بل قباء ـ على القول [بتصديق][2] الخياط:

---

(١) في «ب» ولكن.

(٢) سقط في «ب».

والثانية: دفع إليه ألفاً ليتصرف فيها فقال القابض: كانت قراضاً فلي قسط من الربح وقال الدافع: بل مضاربة. قال الثقفي[1]. القول قول الدافع وقال الجرجاني: القول قول القابض وقال المحاملي الكبير: يتحالفان. قلت: والمجزوم به - في شرح المنهاج للوالد رحمه الله - قول الثقفي جرياً على أصل القاعدة. وهو ما في الشرح والروضة فيما إذا قال: وقعت وكالة فقال العامل: بل قراضاً.

وحكى النووي - في زيادة الروضة - وجهين في أيهما تقدم بينة العامل إذا ادعى أن المدفوع قراض أو المالك إذا قال: بل هو قرض وفي الرافعي وغيره - فيما إذا قال: بعتك فقال: بل وهبتني - وجوه أصحها: لا يتحالفان بل يحلف كل منهما لأنهما لم يتفقا على عقد وهذا فارق مسألة أبي سعد وشريح فإن الإبضاع والقراض عقد واحد فالتحالف فيه أظهر. والثاني: أن القول لمدعي الهبة. والثالث: التحالف. وهذه الأوجه: التي حكاها أبو سعد - حكاها شريح في «أدب القضاء»، ولعله من أبي سعد تلقاها. وفي نسختي - من «أدب القضاء» لشريح - موضع وقال المحاملي الكبير: يتحالفان ما نصه، وقال في الكبير: يتحالفان وكنت أحسب أنه يعني «بالكبير» النهاية - على اصطلاح أهل خراسان - فكشفت «النهاية» فلم أجد فيها تصريحاً بذلك وذكرت هذا كله في كتابي «التوشيح» فلما وقفت الآن - على كتاب أبي سعد ووجدت فيه ما رأيت غلب على ظني أن نسختي - من كتاب شريح - سقط منها لفظ «المحاملي» وزيدت لفظة «في» وإنما قال «وقال المحاملي الكبير كما قال أبو سعد».

والمحاملي الكبير- هو الشيخ أبو الحسن - إمام قديم في زمان الاصطخري ذكرناه في كتاب الطبقات. والثالثة: غاب الزوج سنة وادعى أنه طلق - بائناً - في صدر مدة الغيبة وكذبته وطالبته بالنفقة. قال أبو سعد: القول قولها في حقها وقوله في أصل الطلاق. قلت: كلام الأصحاب يشهد له، ويتجه أن يقال: لا تجب النفقة - تبعاً لقوله في الطلاق - وقد قدم أبو سعد - قبل هذا بقريب من ثلاث أوراق في المرتدة بعد الدخول تقول: أسلمت

---

(١) محمد بن عبد الوهاب بن عبد الرحمن بن عبد الوهاب أبو علي الثقفي الحجاجي النيسابوري الفقيه الإمام الزاهد الواعظ تفقه على محمد بن نصر ويقول ابن خزيمة رحمه الله عنه ما يحل لأحد منا بخراسان يفتي وأنت حي ولد سنة أربع وأربعين ومائتين ومات في جمادى الأولى سنة ثمان وعشرين وثلاثمائة، النجوم الزاهرة ٣ / ٢٦٧، ابن قاضي شهبة ١ / ١١٨، شذرات الذهب ٢ / ٣١٥، العبادي ص ٦٣، ابن السبكي ٣ / ١٩٢.

في وقت كذا فلي النفقة ـ حكاية قولين: أصحهما: القول للزوج لأن الأصل عدم الرجوع إلى الإسلام. والثاني: قول المرأة لأن القول في أصل الإسلام مقبول منها فليكن كذلك.

وفيه «ولا بد من مجيء هذا الخلاف في هذه الصورة ـ أيضاً» وما حكاه من القولين نظيره إذا قال: أسلمت أولاً فلا نفقة لك وادعت العكس. وأصح الوجهين في أواخر نكاح المشركات ـ من الرافعي وغيره ـ أنها المصدقة لأن النفقة كانت واجبة ـ وهو يدعي مسقطاً. لكن هذه العلة تصلح أن تكون فرقاً بين المسألتين، والمسألة موضع النظر.

وليت شعري إذا كان أبو سعد يستثني ـ على وجه أو قول ـ فلم لا ذكر مسألة ما إذا قال: أكريتك، فقال: بل أعرتني ونظائرها ـ مما صح فيه أن القول قول المالك ـ وقد بقيت على أبي سعد مسائل ـ أهمل استثناءها ـ ولعل بعضها أحق مما ذكره ـ بالذكر.

منها: الأصح أن القول قول مدعي صحة البيع دون فساده ـ مع أنهما لو اختلفا في أصل البيع فالقول قول البائع.

ومنها: لو اختلفا في النقصان، وتغيير المبيع عما كان عليه فالقول قول المشتري.

ومنها: لو قال الغاصب: كان العبد أقطع وأنكر المالك، فالقول قول المالك في الأصح.

ومنها: قد ملفوفاً وادعاه ميتاً وأنكر الولي، صدق الولي في الأظهر.

ومنها: قطع طرفه وادعى أنه كان أشل، صدق المجني عليه.

ومنها: قال الراكب أعرتني وقال المالك: بل أجرتك، صدق المالك على المذهب.

ومنها: عمل له عملاً وقال: «شرطت لي عوضاً» وأنكر فالقول قول المعمول له

ومنها: إذا قال: «كانت الألف المدفوعة ـ إلي وديعة ـ وقد تلفت ـ وقال المالك: بل قرض» قال البغوي: القول قول المدفوع إليه.

ومنها: دفع إليه دراهم واختلف في ذكر البدل، فالقول قول الآخذ ـ قاله الرافعي، وفيه وجه قال النووي ـ أول القرض «إنه متجه».

ومنها: قال «هي قراض» فقال «بل قرض» صدق العامل ـ في أحد الوجهين ـ في «الروضة» و «شرح المنهاج».

ومنها: قال: «قراض» فقال: «بل ابضاع» ذكرها شريح، وفيها أوجه.

ومنها: قال «وهبتك بعوض» فقال: «بلا عوض» رجح النووي أن القول قول من نفاه.

ومنها: بعث بأشياء وقال: «بعوض» فأنكر المبعوث إليه صدق وفيه للرافعي بحث. يظهر أن يقال: إن اختلفا في أصل شغل الذمة مع الاتفاق على ثبوت اليد فإن [اختلفا][1] في أن ثبوتها بحق أو لا فالقول قول المالك لأن الأصل لم يصدر منه ما يقتضي -[حينئذٍ هذا][2].

وإن اتفقا على أنها بحق، ثم اختلفا في شغل الذمة فالقول قول من ينفي الشغل لاعتضاده بالأصل. وإن اتفقا على الشغل ثم اختلفا في صفته فالذي يظهر أن القول أيضاً قول من لو أنكره لقبل إنكاره لأن من كان الفول قوله في شيء كان القول قوله في صفته وإن اتفقا على الشغل ولكن اختلفا في ارتفاعه فالقول قول من يدعي بقاءه.

قاعدة: تتصل بالقاعدة قبلها أنا ضبطتها بعد ما تبددت عليها فروعها وانتشرت فإن كانت كما فهمت ورتبت فالله المسؤول أن ينفع بها وإلا فهو المسؤول أن يوضح لي الحق إذا اختلف الآخذ والمأخوذ منه فإن كان اختلافهما في أصل شغل الذمة مع الاتفاق على ثبوت اليد فلا يخلو إما إن يختلفا في أن ثبوتها هل هو بحق أو لا فإن كان الأول فالقول قول المأخوذ منه لأن الأصل أنه لم يصدر منه ما يقتضي ثبوت هذه اليد ويدل على هذا أن الصحيح فيما إذا قال المالك غصبتني وقال ذو اليد أعرتني أن القول قول المالك وإن كان الثاني وهو ما إذا اتفقا على أنها تثبت بحق ثم اختلفا في شغل الذمة فإما أن يكون ثبوتها لغرض المأخوذ منه أو لغرض الآخذ. أو لغرضهما جميعاً أو يقع الخلاف في ذلك.

قاعدة: قال القاضي أبو عاصم وشرحه أبو سعد الهروي في الاشراف كل عقد فيه عوض علق بصفة لا يقتضي إطلاق العقد تلك الصفة فسد بالتعليق إلا في مسألة واحدة.

قاعدة: ذكر الإمام رحمه الله - في باب معاملات العبيد - أنه لا احتكام للسادة على ذمم العبيد. فلا يملك السيد إلزام ذمة العبد مالاً ولو أجبره على ضمان [لم يصح][3] ولو أجبره على أن يشتري له متاعاً لم يصح الشراء. وإن كان محل الديون - التي تلزم العبد بالإذن - الكسب، وهو ملك السيد ولكن لا استقلال للاكتساب في هذا

---

(١) في «أ» اتفقا والمثبت من «ب».

(٢) في «ب» حقيقة يد هذا.

(٣) سقط من «أ» والمثبت من «ب».

الباب ما لم يتحقق تعلق الدين بأصل الذمة. ولو أقر السيد عليه بجناية قصاص وأنكر العبد وآل الأمر إلى مال فلا تعلق له في الذمة ونقل الشيخ الإمام هذا كله في شرح «المنهاج» ساكتاً عليه.

قاعدة: لا يدخل عبد مسلم في ملك كافر أبداً. واستثنى الشيخ أبو حامد ـ «في الرونق» وتبعه تلميذه المحاملي في اللباب ـ ست صور ونحن بلغنا بالمستثنى نيفاً وأربعين.

فمنها: الإرث.

ومنها: يسترجعه بالإفلاس.

ومنها: يرجع في هبته لولده.

ومنها: إذا رد عليه بعيب.

ومنها: إذا قال: أعتق عبدك عني فأعتقه وصححناه.

ومنها: إذا كاتب عبده الكافر فأسلم العبد ثم عجز عن النجوم فله تعجيزه. وهنا وقف الشيخ أبو حامد والمحاملي وشكك النووي في هذه، بأن المكاتب لا يزول ملكه فيقال: «تجدد بالتعجيز» ـ وعبارة الشيخ أبي حامد «لا يجوز ترك مسلم في ملك كافر ولم يقل: لا يدخل ـ وبه يندفع الإيراد ولكن هذا الترك ليس مطلقاً فإنا نأمره بعد التعجيز بالإزالة. وأجاب الشيخ صدر الدين بن المرحل بأن لنا خلافاً في إلحاق المكاتب بالحر أو بالعبد في مسائل، فلعل المحاملي جرى على قول من يجعله كالحر ثم لعل مسألته إنما فرضها فيما لو [**مُلك**][1] المكاتب عبداً مسلماً ثم عجز المكاتب. فإنه يدخل في ملك السيد ما كان للمكاتب. فلعل المحاملي أشار إلى أن هذا العبد يدخل في ملك السيد لحصوله تبعاً كالرد بالعيب ولم يرد المكاتب نفسه.

قلت: هذه صورة أخرى ولكنها غير مراد المحاملي وشيخه أبي حامد فإن لفظهما صريح في إرادة المكاتب نفسه.

ومنها: إذا اشترى من يعتق عليه زادها النووي.

ومنها: أن يبيع عبداً مسلماً ثم تقايل المشتري فإنه لا يجوز ـ إن جعلنا الإقالة بيعاً، فإن جعلناها فسخاً وهو الصحيح فعلى الوجهين في الرد بالعيب كما قاله الرافعي.

---

(١) في «ب» ملك.

ومنها: إذا كان بين كافر ومسلم عبد مسلم مشترك فأعتق الكافر نصيبه وهو موسر سرى عليه. ذكره البغوي وهاتان زادهما ابن المرحل.

ومنها: عاشرة ـ زادها ابن أخيه الشيخ زين الدين [محمد][1] مدرس الشامية البرانية بدمشق رحمه الله وهي إذا جاز له نكاح الأمة وكانت لكافر فالأصح الجواز وينعقد الولد مسلماً ـ على ملك الكافر.

ومنها: أن يرجع إليه بتلف مقابله ـ قبل القبض ـ.

ومنها: أن يبيع الكافر مسلماً بثوب، ثم يجد بالثوب عيباً فله رد الثوب واسترداد العبد على الصحيح.

ومنها: [إذا][2] تبايع كافران عبداً كافراً فأسلم العبد ـ قبل القبض ـ ثبت للمشتري الخيار [إن][3] قلنا يمتنع عليه قبضه. كذا قاله الإمام وامتناع قبضه صححه الرافعي والنووي فإذا فسخ فقد دخل العبد المسلم في ملك البائع الكافر.

ومنها: إذا باع الكافر عبداً مسلماً لمسلم ـ بشرط الخيار للمشتري ـ فإن الصحيح أن الملك لمن له الخيار، وبالفسخ يملكه الكافر.

ومنها: أن يرده عليه ـ لا بالعيب، بل لفوات شرط كالكتابة ونحوها.

ومنها: إذا اشترى ثماراً بعبد كافر فأسلم ثم اختلطت، وفسخ العقد.

ومنها: إذا باع ثوباً على أنه هروي مثلاً. بعبد كافر فلم يكن هروياً فإن له الرد على قياس ما تقدم.

ومنها: إذا باع الكافر عبده المسلم، وكان مغصوباً من قادر على انتزاعه فعجز، أو غصب قبل قبضه فللمشتري الخيار، ويفسخ البيع ويعود إلى ملك الكافر.

ومنها: إذا باع الكافر عبده [الذي أسلم عنده][4] من مسلم رآه قبل العقد دون حالة العقد فالأصح الصحة ـ تفريعاً على قول بيع الغائب ثم إذا وجد العبد متغيراً واختار الفسخ ملكه الكافر.

ومنها: باع عبده المسلم لمسلم ثم تشاحا في التسليم ومال المشتري غائب إلى مسافة القصر، لم يكلف البائع الصبر إلى إحضاره والأصح أن له الفسخ. فيفسخ ويملكه.

---

(١) سقط من «ب».
(٢) سقط من «ب».
(٣) في «ب» (إذا).
(٤) سقط من «ب».

ومنها: إذا اشترى بعبده المسلم صبرة فظنها على السواء ثم بان تحتها دكة ففي تبين بطلان العقد وجهان أصحهما: لا ولكن للمشتري الخيار كالعيب والتدليس.

ومنها: إذا جعل الكافر عبده الكافر رأس مال السلم في شيء، فانقطع ذلك الشيء ـ بعد أن أسلم العبد المذكور ـ فإن للذي جعله رأس مال السلم فسخ العقد وإذا فسخ العقد انقلب العبد إليه ضرورة.

ومنها: إذا أقرض عبده الكافر فأسلم في يد المقترض يجوز للمقرض ـ الكافر ـ أن يرجع فيه كما جوزنا له بالرجوع في الهبة.

ومنها: في القراض إذا اشترى العامل الكافر عبيداً كفاراً للقراض فأسلموا وفسخ عقد القراض ثم قسم هو والمالك العبيد فإن قضية المذهب صحة ذلك، وإذا تميزت حصة العامل عبيداً ملكها بجريان سبب الملك، والمذهب أن العامل لا يملك حصته من الربح إلا بالقسمة.

ومنها: إذا التقط كافراً بشرطه وهو إما عدم التمييز أو في وقت النهب والغارة وأسلم ثم أثبت الكافر أنه كان ملكه فإنه يرجع فيه لأن التمليك بالالتقاط كالتمليك بالقرض.

ومنها: إذا التقط عبداً صغيراً لا يميز في موضع لا مسلم فيه وعرفه وتملكه ثم بلغ وأسلم وظهر مالكه ينبغي أن يرجع فيه ـ كما يرجع فيما وهبه لولده.

ومنها: إذا وقف على كافر أمة فأسلمت، ثم حملت وأتت بولد، بعد الإسلام. فإنه يكون مسلماً تبعاً لأمه، ويدخل في ملكه فإن نتاج الجارية الموقوفة ملك للموقوف عليه ـ على الصحيح.

ومنها: إذا أوصى بمنافع الجارية الكافرة ونتاجها فأسلمت ثم حملت وأتت بولد فإنه يكون ملكاً له.

ومنها: إذا اشترى مسلماً بشرط العتق ـ على وجه ـ.

ومنها: إذا أقر بحرية عبد، ثم اشتراه لكنها داخلة في قول النووي: إذا اشترى من يعتق عليه.

ومنها: إذا أتت مكاتبة بولد من نكاح أو زنا ـ بعد أن أسلمت ـ ثم عجز السيد مكاتبه، فإن الجارية وولدها ينقلبان إلى ملك السيد وهذه داخلة فيما ذكره الشيخ صدر الدين في بحثه مع النووي.

ومنها: إذا نكح عبد كتابي أمة لكتابي ثم أسلم ثم وطئها فالولد مسلم مملوك لسيدها. وهي نظير الصورة التي زادها الشيخ زين الدين ـ ولد أخي الشيخ صدر الدين ـ وزين الدين هو جامع «الأشباه والنظائر» المنسوبة إلى عمه وله فيها زيادات يسيرة، مميزة عن كلام عمه بلفظ «قلت».

ومنها: إذا أسلمت مستولدته الكافرة ثم حملت وأتت بولد ـ من نكاح أو زنا ـ فإنه يكون مملوكاً له، ويثبت للولد المذكور حكم الاستيلاد.

ومنها: إذا أسلمت جارية ثم حملت من غيره بنكاح أو زنا ثم استولد قبل زوال ملكه عنها فإنه يكون ملكه.

ومنها: إذا وطىء الأب الذمي جارية الابن المسلمة فاستولدها فإنه يقدر دخولها في ملكه قهراً.

ومنها: إذا جعل العبد صداقاً لكافرة فأسلم في يدها، ثم اقتضى الحال رجوعه إلى الزوج ـ قبل الدخول ـ بإسلام وغيره من الأسباب.

ومنها: إذا تزوجها على عبد فأسلم في يدها ثم اطلع على عيب بها.

ومنها: إذا اطلعت على عيب به فلكل الفسخ، ويرجع العبد إليه.

ومنها: إذا فسخ الصداق بالتحالف بعد إسلامه.

ومنها: إذا أصدقها عبداً كافراً [**وشرط وصفاً**](1) من نسب أو غيره ـ أو شرطت ـ هي ـ فيه وصفاً فخرج خلافه بعد إسلام العبد ثم فسخ النكاح فالقياس انقلابه إلى الزوج.

ومنها: إذا طلقها قبل الدخول ـ بعد ما أسلم العبد في يدها فإنه [**يرجع**](2) نصفه إليه ويؤمر بالإزالة.

ومنها: إذا أسلمت المرأة قبل الدخول وقد أسلم العبد في يدها، فإنه يرجع إلى ملك الزوج، لسقوط مهرها لحصول الفرقة من جهتها.

ومنها: إذا حضر الكفار الجهاد ـ بإذن الإمام ـ وحصلت الغنيمة، وكانت نسوة فأسلمن، أو عبيداً كفاراً فأسلموا بعد الغنيمة ـ فاختار الغانمون التملك فالمذهب أن الغنيمة ـ تملك بالاختيار.

وقضيته: أن للإمام أن يرضخ للكافرين ـ من النسوة والعبيد ـ وأنه إذا رضخ له

---

(١) في «ب» وشرطت الزوجة وصفاً.　　(٢) في «ب» رجع.

جارية ملكها أو عبداً ملكه، فإنه جرى سبب الاستحقاق بحضور الوقعة، ويحتمل أن يقال: يعوضه ما لا يرضخ له شيئاً من ذلك، وهذا هو الأظهر رأياً ونظراً.

ومنها: إذا كان بين كافرين عبيد من نوع واحد ـ بعضهم مسلمون، وبعضهم كفار فاقتسماها وانحصر المسلمون في حصة أحدهما، وقلنا [القسمة][1] إفراز فقضية المذهب صحة القسمة، ومعلوم شيوع الملك قبل ذلك، وإنما بالقسمة انحصر، فقد دخل بعض عبد مسلم في ملك كافر، كما قلنا فيما إذا أعتق الموسر الكافر نصيبه من عبد مسلم مشترك، ولا فرق بين دخول البعض والكل.

قاعدة: كل ما صح الرهن به صح ضمانه وما لا فلا إلا[2] ضمان العهدة ورد الأعيان المضمونة يصح ضمانها، لا الرهن بهما على الأصح فيهما وهنا مسائل:

منها: ضمان المجهول باطل ـ في الجديد ـ والرهن بالمجهول لا أعرفه مسطوراً.

ومنها: إذا منعنا ضمان المجهول، فضمن الدراهم التي على فلان جاهلاً بمبلغها فهل يصح في ثلاثة، لدخولها في اللفظ، أو يأتي في الرهن مثله تردد فيه الشيخ برهان الدين بن الفركاح.

ومنها: في ضمان إبل الدية خلاف فليكن الرهن بها مثله، وجزم الرافعي بجواز رهن العاقلة بالدية بعد تمام الحول.

ومنها: اختلفوا في ضمان الزكاة عمن هي عليه فليجر الخلاف في الرهن بها، وجزم الرافعي بجواز رهن الملاك بالزكاة بعد تمام الحول.

ومنها: اختلفوا في ضمان نجوم الكتابة ولا أعرف مسطوراً في الرهن بها.

ومنها: اختلفوا في ضمان الثمن في مدة الخيار، فليجر هذا الخلاف في الرهن.

قاعدة: من لم يجن لا يطالب بجناية من جنى. ويستثنى ضمان العاقلة الدية، وأن الأصح في المحرر الضمان.

قاعدة: كل تصرف يقع من المشتري شراء فاسداً فهو كتصرف الغاصب والعين في يده كالمغصوب عند الغاصب إلا في مسائل:

منها: أن الغاصب إذا وطىء المغصوبة عالماً وجب عليه الحد. وفي الشراء

---

(١) في «ب» الحصة.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ٤٦١.

الفاسد لا يجب إذا استند الفساد إلى شـرط فاسد أو كون الثمن خمراً إلا على احتمال الإمام وإنما يجب إذا اشترى بميتة أو دم.

ومنها: إذا استولد الغاصب عالماً بالتحريم لم ينعقد الولد حراً بخلاف المشتري شراء فاسداً.

ومنها: ثبوت كونها أم ولد في أحد القولين إذا ملكها يوماً من الدهر. بخلاف الغاصب، وقد اقتصر الروياني في الفروق والجرجاني في المعاياة على استثناء هذه الصور الثلاث.

ومنها: أن الولد ـ في الشراء الفاسد ـ تجب قيمتـه يوم الـولادة ـ تلف أم بقي لانعقاده حراً، وفي الغصب ـ إذا تلف ـ يضمن بالأقصى. والفرق أنه لما انعقد حراً، لم يكن متقوماً بعد ذلك.

ومنها: المقبوض بعقد المعاطاة على المذهب له حكم المقبوض بعقد فاسد على الصحيح، فيطالب كل من المتعاطيين صاحبه. بما دفعه إن كان باقياً وبضمانـه عند التلف فإن ماثل الثمن القيمة خرجه الغزالي على مسألة الظفر وقال الشيخ أبو حامد: لا مطالبة لواحد منهما وتبرأ ذمتهما بالتراضي واستشكله الرافعي بسائر العقود الفاسدة فإنه لا براءة وإن وجد التراضي.

ومنها: قال الماوردي ـ في الصلح: لو باع عبداً بيعاً فاسداً، وقال لمشتـريه: أذنت لك في عتقه، فأعتقه المشتري بإذنه لم يعتق قال، لأن إذنه إنما كان مضموناً بملك العوض، فلما لم يملكه بالعقد الفاسد، لم يعتق عليه بـالإذن. وقاس عليـه: ما إذا صالحه من ألف ـ قد أنكرهاـ على خمسمائة، وأبرأه من الباقي لزمه ـ في الحكـم ـ رد الخمسمائة، ولم يبرأ منها، حتى لو أقام بينة بالألف، كان له استيفاء جميعها. انتهى كلامه في أوائل الصلح، ونقله عنه الشيخ الإمام في باب الصلح، وقال: إنه لا شك فيه يعني ـ بالنسبة إلى مسألة الصلح، وسكت على مسألة البيع.

وحاصله: أن العتق لم ينفذ، لأن المشتري إنما يعتقه، بناء على أنه ملكه وأنه يعتقه عن نفسه والمالك إنما أذن ظاناً ذلك. فإن سلم هذا للماوردي فنظيره في الغصب قول المالك للغاصب أعتق هـذا العبد ـ مشيراً إلى المغصوب ـ وهو يظنه غير عبده المغصوب. وقد أطلق الأصحاب ـ في باب الغصب ـ أن المالك إذا قال للغاصب أعتق عني أو مطلقاً فأعتقه عتق، وبرىء الغاصب.

ومنها: المذهب أن المشتري شراء فاسداً، لا يجوز له حبس المبيع إلى استرداد الثمن ـ كذا أطلقوه. وحكوا عن الاصطخري خلافاً، واقتضى كلام الرافعي ـ في موضعين من باب الضمان ـ ترجيح الحبس، وسمعت الشيخ الإمام يقول ـ وسألته عن ذلك ـ: إن فسد بشرط فله الحبس، وإن فسد بخروجه عن ملك الغير فلا. هذا حكم البيع الفاسد.

وقالوا: للغاصب أن يحبس المغصوب لاسترداد القيمة المأخوذة ـ للحيلولة ـ وحكاه القاضي الحسين عن النص، ورجح الرافعي التسوية بين البابين وهو اختيار الإمام فلا استثناء على هذا.

ومنها: لو باع ماشيته السائمة بيعاً فاسداً فعلفها المشتري، قال في التهذيب: فهو كعلف الغاصب، وصححه الشيخ الوالد رحمه الله في شرح المنهاج فعلى هذا يجري في قطعه الحول الأوجه في علف الغاصب وأصحها أنه يقطع ولكن قال ابن كج: عندي أنه يقطع يعني ـ ولا يجري فيه خلاف الغاصب قال: لأنه مأذون له، فهو كالوكيل بخلاف الغاصب.

فعلى طريقة ابن كج افترق البيع الفاسد والغصب، ولم يصحح الرافعي والنووي من الطريقتين شيئاً، كأنهما اكتفيا بأن الفتيا على أنه كالغاصب ـ سواء ثبت الخلاف أم لا، والشيخ الإمام صحح طريقة التهذيب كما عرفناك.

ومنها: أن غرس الغاصب وزرعه، غير محترم مطلقاً، وأما المشتري شراء فاسداً ففرق بين أن يكون عالماً فيكون غير محترم أو جاهلاً فلا يقلع مجاناً على ما جزم به الرافعي والنووي في كتاب الرهن.

ومنها: لا يصح بيع السيد عبده المكاتب، ولا النجوم التي عليه على المذهب، فلو باعه أو باعها فأدى النجوم إلى المشتري بعد البيع فأصح القولين أنه لا يعتق، والقول الثاني ـ هو منصوص [المختصر][1] أنه يعتق لأن السيد سلطه على القبض فأشبه الوكيل وقيل هذا: لا يجيء في المشتري من الغاصب عبداً مكاتباً أو النجوم التي عليه، بل لا يعتد بقبض المشتري جزماً وهو أيضاً بيع فاسد ـ إلا أن المشتري غاصب أيضاً ـ لبناء يده

(١) في «ب» في المختصر.

على يد الغاصب. ولهذا الخلاف أصل، وهو أن ما استتبع الصحيح هل يستتبع الفاسد.

قال ابن الرفعة في باب الوضوء من المطلب: وفيه خلاف أصله بيع السيد نجوم الكتابة ـ إذا قبضها المشتري ـ فوجه صحة العتق يضمن البيع والإذن في القبض ووجه عدمه أنه تبع للبيع فلما لم يصح البيع لم يتبعه الإذن. ولمثل ذلك ثار الخلاف فيما إذا باع المشتري ما اشتراه في زمن الخيار ولم يصححه منه هل يكون ذلك مبطلاً لخياره كما لو صح البيع أو لا؟

قال ابن الرفعة: ومثله يجوز أن يقال: فيما إذا غلط من حدث إلى حدث فنواه فإن اعتبرنا اللازم ارتفع حدثه وإن اعتبرنا الأصل لم تصح نيته. قلت: وهي قاعدة يعبر عنها بأن «من كان مالكاً لتصرف يصح منه فعله، إذا فعل فعلاً يتضمن ذلك التصرف المملوك لكن بطريق فاسد. هل يصح؟ وفيه خلاف في صور:

منها: الحوالة بالثمن وعليه في مدة الخيار ـ والأصح يصح، فإن قلنا لا يصح ففي انقطاع الخيار وجهان.

ومنها: الأب إذا باع العين التي وهبها لابنه ـ من غير تصريح بلفظ الرجوع هل يكون رجوعاً؟ وجهان.

قاعدة: تقرب من القاعدة، قبلها: ما يفيد الاستحقاق إذا وقع لا على وجه التعدي هل يفيده إذا وقع على وجه التعدي؟ وفيه خلاف في صور جمع بعضها النووي في زيادة الروضة في باب إحياء الموات ـ وقال: سبقت مسائل تتعلق بها في الصيد قلت: والذي جمعه في مسائل غيره ذكره في أصل الروضة ـ تبعاً للرافعي ـ في باب الوليمة وفي المسائل كثرة.

[**ومنها**][1]: إذا دخل الماء المباح دار إنسان، لم يكن لغيره أخذه من داره، لامتناع دخول الإنسان ملك غيره بغير إذنه، فلو فعله. فهلك يملك؟ فيه وجهان أصحهما أنه يملك. وكذا لو دخل السمك مع الماء حوضه ذكره الرافعي في باب الوليمة.

---

(١) سقط في «ب».

ومنها: لو أحيا واحد أرضاً ـ حماها الإمام ـ لم يجز، ولكن يملكها بالإحياء على الصحيح.

ومنها: إذا تحجر مواتاً، فجاء آخر وأحياه، ملكه على الأصح المنصوص لكونه حقق سبب الملك ـ وإن كان ظالماً ـ كما لو دخل في سوم أخيه واشترى.

والثاني: لا يملك.

والثالث: إن انضم إلى التحجر إقطاع السلطان لم يملك.

والرابع: إن أخذ المتحجر في العمارة لم يملك.

ومنها: إذا عشش الطائر في ملكه، وأخذ الفرخ غيره فالأصح أيضاً أنه يملكه. قال النووي: وكذا لو توحل ظبي في أرضه، أو وقع البلح فيها ونحو ذلك.

ومنها: إذا أذن جماعة على الترتيب فالأول أولى بالإقامة إذا لم يكن مؤذن راتب أو كان [السابق][1] هو المؤذن ـ فإن سبق غير المؤذن الراتب فهل يستحق ولاية الإقامة فيه وجهان: أحدهما: نعم لإطلاق قوله ﷺ: [**من أذن فهو يقيم**][2] وأظهرهما: لا لأنه مسيء بالتقديم.

ومنها: لو وقع في حجره شيء من الثمار، لم يكن لغيره أخذه، فلو أخذه ففي ملكه وجهان قال في: أصل الروضة: وميلهم إلى منع الملك أكثر. يعني في هذه المسألة، وفي دخول السمك مع الماء حوضه، وفيما إذا عشش الطائر في ملكه فأخذ فرخه غيره، وفيما إذا وقع البلح في ملكه فأخذه غيره ـ قال: والأصح أن المحيي يملك والفرق أن المتحجر غير مالك، فليس الإحياء تصرفاً في ملك غيره بخلاف هذه الصور.

قاعدة: قال الشيخ أبو الحسين الفناكي[3] ـ من قدماء أصحابنا من تلامذة الشيخ

---

(١) سقط في «ب».

(٢) أخرجه أحمد في المسند ٤ / ١٦٩ ضمن مسند زياد بن الحارث الصدائي رضي الله عنه وأبو داود ١ / ٥١٤ في الصلاة / باب الرجل يقيم والترمذي ١ / ٣٨٣ في الصلاة / باب من أذن فهو يقيم حديث (١٩٩) وابن ماجة ١ / ٢٣٧ في الأذان / باب السنة في الأذان حديث ٧١٧ والبيهقي في السنن الكبرى ١ / ٣٣٩.

(٣) أحمد بن الحسين أبو الحسين الرازي الفناكي بفاء مفتوحة ونون مشددة وكاف مكسورة ولد بالري وتفقه على أبي حامد الاسفراييني وأبي عبد الله الحليمي وأبي طاهر الزيادي وسهل الصعلوكي ودرس ببروجرد ومات بها سنة ثمان وأربعين عن نيف وتسعين سنة.

قال ابن الصلاح رحمه الله: رأيت له كتاباً سماه المناقضات مضمونه الحصر والاستثناء منه قريب من

أبي حامد في كتاب له يسمى المناقضات: من اشترى شيئاً شراء صحيحاً لزمه الثمن إلا في مسألة واحدة وهي المضطر يشتري الطعام بثمن معلوم فإنه لا يلزمه الثمن، وإنما تلزم قيمته، ذكره أبو علي الطبري، واحتج له بأن النبي ﷺ «نهى عن بيع المضطر»[1] قلت: وهذا فيه نظر، فإن المضطر إن تمكن من أخذ الطعام قهراً والحالة هذه ـ فعدل إلى الشراء لزمه المسمى ـ ولو زاد على ثمن المثل ـ بلا خلاف كذا صرح بنفي الخلاف فيه الرافعي.

ويتجه أن يخرج [فيه][2] خلاف من الخلاف في الإكراه على قتل أحد الرجلين.

وأيضاً فقد أجرى البغوي الخلاف في وجوب المسمى، أو ثمن المثل، فيما إذا وجد ميتة، وطعام الغير فاشتراه بالزيادة مع إمكان عدوله إلى الميتة بأن عجز ـ فالأقيس عند الرافعي، والنووي وصححه القاضي أبو الطيب ـ لزوم الثمن المسمى أيضاً، لأنه التزمه بعقد لازم. وصحح الروياني أنه لا يلزمه قال: لأنه كالمكره. قال الرافعي: وهو أقرب إلى المصلحة. وفرق الماوردي بين زيادة تشق على المضطر لإعساره فلا يلزمه وزيادة لا تشق فلا يأتي ما قاله أبو علي إلا على ما صححه الروياني بشرط أن يقول بصحة البيع، وقد قال الرافعي، أنه الذي يفهم من إيرادهم قال ولكن الوجه نصب الخلاف في صحة العقد لمعنى الإكراه. وفي تعليق الشيخ أبي حامد ما يبينه وبه صرح الإمام فقال: «الشراء بالثمن الغالي هل يجعله مكرهاً حتى لا يصح الشراء منه، فيه وجهان أقيسهما المنع. انتهى كلام الرافعي مختصراً، وقوله: أقيسهما المنع تابع فيه الإمام فإنه قال هكذا. قال في النهاية ولعله في ذلك حالٍ عنه لا حاكم بأنه أقيس [**وهكذا**][3] كلام الفناكي، وقوله: «إن هذا الشراء صحيح» صريح في الرد على الرافعي لأنه قال بصحة الشراء ـ مع إلزام القيمة ـ وعزاه إلى أبي علي الطبري، وكلام الرافعي يقتضي أنه من يلزم القيمة يجعل المشتري مكرهاً والبيع فاسداً، ولو كان كذلك لقيل لأبي علي

تلخيص ابن القاضي في المعنى ابن قاضي شهبة ١ / ٢٢٢، ابن السبكي ٣ / ٧، هداية العارفين ١ / ٧٧، معجم المؤلفين ١ / ٢٠٧.

(١) أحمد في المسند ١ / ١١٦، أبو داود في السنن ٣ / ٢٥٥ في كتاب البيوع / باب في بيع المضطر حديث (٣٣٨٢).

(٢) سقط في «ب».

(٣) في «ب» وهذا.

الطبري: ما ذكرت من الاستثناء غير مستقيم، لأن صحة البيع مع عدم لزوم الثمن ـ مما لا يجتمعان، وما ذكره من الحديث ـ رواه أبو داود من حديث علي كرم الله وجهه ـ وفي سنده مقال وبتقدير ثبوته. قال الخطابي: «يحتمل أن يعني ـ بالمضطر ـ المكره» وهذا يؤيد ما ذكره الإمام والرافعي، قال: «ويحتمل أن يعني به من باع في ضرورة. من دين ركبه أو نحو ذلك ـ فلا يباع ـ من حيث المروءة ـ لكن يعان، أو يقرض ويستمهل وفي هذه الحالة إن بيع، صح وكان مكروهاً» قلت: ويكون بيع المضطر، مصدراً مضافاً إلى المفعول، أي لا يباع المضطر بل يبذل له الطعام مجاناً ـ كما هو وجه لأصحابنا ـ لأن البذل واجب فلا يؤخذ عليه عوض أو يقرض ويستمهل كما قال. أو يقال: المضطر من لا يتحمل حالة التأخير إلى مماكسة البيع، لمسيس [الجوع][1] فلا يجوز أن يباع ـ ويؤخر الطعام عنه إلى تقرير الثمن ـ بل يبادر إلى إطعامه [أو][2] حاله لا تتحمل التأخير، ثم إذا أطعمه تجب القيمة، وقال القاضي أبو الطيب: لا يجب العوض هنا. وسواء وجب العوض أم لا فالقول بهذا الاحتمال فيه أخذ للحديث على ظاهره، وفي الحديث إرشاد إليه، فإن لفظه أن علياً رضي الله عنه قال: سيأتي على الناس زمان عضوض، يعض الموسر على ما في يديه ـ ولم يؤمر بذلك قال الله تعالى: ﴿**ولا تنسوا الفضل بينكم**﴾ ويبايع المضطرون وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع المضطر. هذا لفظ أبي داود عن علي كرم الله وجهه وسياقه يشهد لتحريم أن يباع المضطر ـ كما أولناه ـ فإن ضم إليه عدم لزوم العوض ـ كما قال القاضي أبو الطيب كان أوفق للظاهر وللسياق.

[**قاعدة**][3]: لا يتوالى ضمان عقدين في شيء واحد. وهذه القاعدة ذكرها الأصحاب ـ عند الكلام على بيع المبيع قبل القبض. فإنهم عللوا منعه من حيث المعنى بشيئين. هذا أحدهما ووجهوه بأن المبيع مضمون على البائع للمشتري وإذا نفذ المبيع منه، صار مضموناً عليه للمشتري. الثاني: فيكون الشيء الواحد مضموناً له وعليه في عقدين، قال إمام الحرمين في «النهاية» ولا حاجة إلى هذا ـ مع الخبر ـ يعني أن الاعتماد في منع بيع ما لم يقبض ـ على الأخبار لا المعنى. وقال بعد ذلك بيسير: «الغالب على هذا الأصل [**التعبد**][4] وتبعه الرافعي ـ حيث قال: «والاعتماد على الأخبار واختاره الشيخ الإمام الوالد رحمه الله في باب الرهن من شرح المهذب. واعترض على هذا

(١) في «ب» للجوع.
(٢) في «ب» إذ.
(٣) سقط في «ب».
(٤) في «ب» البعيد.

المعنى بأن المعنى بكونه من ضمان البائع ـ أنه لو تلف انفسخ البيع وسقط الثمن ـ فلم لا يجوز أن يصح البيع ثم لو تلف عند البائع ينفسخ البيعان، ويسقط الثمنان، وتبين أنه هلك على ملك من هلك في يده. ورده ابن الرفعة: بأن مراد الأصحاب بتوالي الضمانين ـ أنه لو هلك لانقلب إلى ملكه قبل التلف.

قلت: وهذا أشار إليه الإمام في النهاية قال ابن الرفعة: وحينئذٍ يكون قبل ملكه منقلباً إلى ملكه وملك بائعه في آن واحد وذلك محال وإلى هذا الإشارة بقول الشيخ الإمام في شرح المنهاج في توضيح هذه القاعدة ما نصه: «وقد يتلف قبل القبض، فيقدر انقلابه من ملك المشتري الثاني، إلى [ملك][1] المشتري الأول، ومنه إلى البائع ـ قبل التلف ـ ويستحيل ملك الشخصين في زمن واحد.

قلت: وقد يقال ان انقلابه إلى ملك البائع الأول، يسبق إلى ملك البائع الثاني لأن ملك الثاني مرتب على ملك الأول، فلم يلزم اجتماع مالكين في آن واحد، ثم ما ذكره ابن الرفعة والشيخ الإمام ـ من أن منع توالي الضمانين لكونه يؤول إلى اجتماع مالكين في آن واحد، لــم أر التصريح به لغيرهما والذي اقتصر عليه، أكثر من وقفت على كلامه من الأصحاب ـ ما ذكرناه من كونه يصير مضموناً له، وعليه عبارة الإمام في «النهاية» وذكر الفقهاء ـ في ضبط المذهب ـ أن الضمانين لا يتواليان وعنوا به أنا لو قدرنا نفوذ بيع المشتري قبل القبض ـ لكان مضموناً على البائع الأول للمشتري، ثم يكون مضموناً على المشتري الأول للمشتري الثاني. انتهى.

فالذي أفهمه من توالي الضمانين، أنه لا يورد عقد ضمان، على عقد ضمان ـ قبل لزومه واستقراره ـ لما يؤدي إليه من صيرورته مطالباً ومطالباً في شيء واحد.

ثم ينشأ التردد في إجارة المبيع قبل القبض، فالراجح ـ عند الغزالي ـ الصحة، لأن مورد عقد الإجارة [عين][2] مورد عقد البيع، فلا يكون مطالباً ومطالباً في شيء واحد، لأنه في البيع مطالب بتسليم الرقبة وفي الإجارة بالمنفعة فلم يتحدا، فلم يتوالى ضمانا عقدين في شيء واحد.

وبتقدير القول: بأن المعقود عليه في الإجارة الرقبة ـ كما هو رأي أبي إسحاق

---

(١) سقط في «ب».
(٢) في «ب» غير.

فليست الإجارة عقد ضمان، والمحدود كونه مطالباً ومطالباً في عقد ضمان والراجح - عند المعظم - عدم الصحة لضعف الملك - ولأن التسليم فيها مستحق كما في البيع - ومن ثم أيضاً منع ابن سريج - فيما نقله الرافعي عنه أن يؤجر المستأجر العين المستأجرة من آجرها، محتجاً بأن المكري مطالب بالتسليم - مدة الإجارة - فإذا اكترى ما اكترى، كان مطالباً ومطالباً في عقد واحد وذلك لا يحتمل إلا في حق الأب والجد في مال الصغير، والأصح الجواز - لا لمنع هذه العلة، بل للقياس على بيع المبيع من بائعه - قبل قبضه - فإنا نقدر أن المستأجر ملك كل المنفعة دفعة على الصحيح.

وصورة المسألة: الإجارة بعد تسليمه العين المأجورة، أما قبله فقال القاضي أبو الطيب في التعليقة: المذهب منعه من المكري والأجنبي، وصحح النووي صحة إجارته للمؤجر، ثم الذي نقله القاضي أبو الطيب في التعليقة عن ابن سريج أنه يجوز **[اكتراؤها]**[1] من المكري وغيره قبل التسليم وقد يقال كيف يجوز ابن سريج اكتراؤها من المكري قبل قبضها[2]، وهو ما نقله عنه الرافعي، وقد تكلمت على هذا السؤال في كتابي المسمى «منع المشاجرة في بيع العين المستاجرة».

إذا عرفت هذا فقد قال **[ابن الرفعة]**[3] في مسألة الإجارة من الآجر: لو علل المنع بتوالي الضمانين لكان أقوى من كونه مطالباً ومطالباً. قال: وإنما قلت ذلك بناء على أن المستأجر يملك كل المنفعة دفعة على الصحيح - فإنه إذا كان كذلك اقتضى أن العين لو تلفت لعادت إلى ملك الآجر - قبل التلف - وإذا استأجرها وتلفت، اقتضى أن تعود المنافع إلى ملك آجرها وحينئذٍ تصير مملوكة له، ومملوكة لمؤجره أو منتقلة وعائدة إليه وهو محال «انتهى».

وهو كلام قويم - على أصله - في تفسير توالي الضمانين، مما فسره إلا أن دعواه في استحالة كونها منتقلة وعائدة إليه - ممنوعة، ثم يقال له: أين الضمان في الإجارة وكأنه لا يعني بالضمان كونها عقد ضمان، بل نحو ما ذكره القاضي أبو الطيب في «التعليقة» حيث قال: وقال أبو العباس بن سريج: يجوز أن يكريها من المكري وغيره لأن قبض الدار المستأجرة لا تنقل الضمان بدليل انها إذا انهدمت في يد المكتري، كان الضمان على المكري - دونه - انتهى.

ومن فروع القاعدة - على ما فهمه ابن الرفعة والشيخ الإمام - المسألة التي

---

(١) في «ب» اقراؤها. (٢) في «ب» زيادة القاضي أبو الطيب ويمنعه بعده. (٣) سقط في «ب».

[قبلها][(١)] ونقلها الرافعي - في الباب الثاني من الضمان - عن الأستاذ أبي منصور. وهي: ما إذا قال [للمضمون له][(٢)] بعت منك هذا العبد بما ضمنته عن فلان. قال الرافعي: ففي صحة البيع وجهان - حكاهما الأستاذ أبو منصور البغدادي. انتهى.

وقد يستشكل وجه المنع، قال ابن الرفعة: ولعل مأخذه تناقض الأحكام فإن مقتضى الصحة دخوله في ملك المشتري، الذي هو رب الدين، بدلاً عن دينه، الذي هو في ذمة الضامن، وعند ذلك يحكم ببراءة الأصيل، وعند الحكم بها يقدر أن ما حصلت به البراءة، فقد دخل في ملك المضمون عنه - قبل دخوله في ملك رب الدين، وملك المضمون عنه بمجرد البيع، والشيء الواحد لا يقتضي إثبات ملكين على مملوك واحد - باعتبار كله لا باعتبار بعضه. انتهى.

قلت: والصواب أن دخوله في ملك الأصيل، يسبق دخوله في ملك رب الدين فلم يجتمع مالكان على شيء واحد.

ومنها: الرهن والهبة قبل القبض، رجح الشيخ الإمام صحتهما، ورجح الرافعي والنووي فسادهما، ومن الأصحاب من فرق بين أن يكونا مع البائع أو غيره، ومن فرق بين ما قبل نقد الثمن وبعده، وادعى الشيخ الإمام، في باب الرهن من «شرح المهذب» أن تصحيحه لهما ناشيء عن اختياره [البعيد][(٣)] واعتماد الخبر دون المعنى. في بيع المبيع قبل القبض، وقد يقال: لو كان ما علل به - من اجتماع مالكين - صحيحاً لما جازت الهبة، ولا امتنع الرهن، لأن الهبة تنقل الملك، والرهن لا ينقله ولا قائل بذلك، فإن من جوز الرهن قبل القبض جوز الهبة ومن منع منع فلا يفصل [بينهما][(٤)].

قاعدة: المثلي مضمون بمثله، والمتقوم بالقيمة[(٥)]. واستثنى من المثلي مسائل:

منها: لبن المصراة. واعتذر الشيخ الإمام رحمه الله بأن إعطاء الثمن ليس من باب المعاوضات فلا استثناء.

ومنها: الماء فإنه مثلي - على ما جزم به الرافعي في الغصب - ولا اعتبار بإيهام عبارته في باب إحياء الموات أنه متقوم. ثم إذا تلف الماء في مفازة وظفر به صاحبه في

---

(١) سقط في «ب».

(٢) سقط في «ب».

(٣) في «ب» تعبد.

(٤) في «ب» فيهما.

(٥) روضة الطالبين ٥ / ٨، الأشباه والنظائر ٢٠٠ / ١٨٠.

موضع لا قيمة للماء فيه فإنه يطالبه بقيمة [**الماء في**][1] المفازة. فإذا اجتمعا في تلك المفازة أو مثلها ففي وجوب رد المثل، واسترداد القيمة وجهان فعلى القول بعدم الوجوب يقع الاستثناء، وعلى القول بالوجوب وهو ما جزم به صاحب التتمة ـ لا استثناء والقيمة [**إنما هي**][2] للحيلولة.

ومنها: [إذا][3] تراضيا على أخذ قيمة المثلي ـ مع وجوده ـ فوجهان أصحهما ـ عند الوالد رحمه الله ـ الجواز لكنه أشار إلى أنه لا يستثنى لأنه يعلل الجواز بأنه اعتياض عما ثبت في الذمة من المثل.

ومنها: لو وجد المثل بأكثر من ثمن المثل، فالمرجح ـ عند النووي ـ وبه جزم الشيخ أبو إسحاق ـ العدول إلى القيمة، لكن رجح الوالد رحمه الله أنه لا يعدل.

ومنها: اللحم فإنه يضمن بالقيمة ـ كما صححه الرافعي وغيره في باب الأضحية ـ مع أنه مثلي.

ومنها: الفاكهة ـ فإنها مثلية ـ على ما اقتضاه تصحيح المشايخ الثلاثة: الرافعي والنووي والوالد ـ في باب الغصب، والأصح أنها تضمن بالقيمة.

ومنها: المقبوض بالبيع الفاسد.

أطلق أكثر الأصحاب ـ منهم الرافعي ـ أنه يضمن بالقيمة، وحكى الماوردي وجهاً فيما إذا كان مثلياً أنه يضمن بالمثل، قال: ولكن الأصح أنه يضمن بالقيمة وإن كان مثلياً لأنه لم يضمنه وقت القبض بالمثل، بل بالعوض، بخلاف الغصب. وطرده في المقبوض بالسوم، والتحالف بعد هلاك المبيع، وكل عقد مفسوخ فزعم أن المثلي يضمن ـ في الكل ـ بالقيمة. لكن ذكر الشيخ الإمام رحمه الله في «شرح المنهاج» في باب حكم المبيع قبل القبض أن الصحيح ـ الذي نص عليه الشافعي في مواضع [من][4] الأم وغيرها، واقتضاه القياس ـ خلاف ما قاله الماوردي وأجاب عما قاله الماوردي [**بأن الضمان**][5] بالعوض زال بالفسخ، وصار كما لو لم يرد عليه عقد.

ومنها: المستعار ـ إذا قلنا بالأصح وهو أنه يضمن بقيمة يوم التلف ـ وكان مثلياً ضمن بالقيمة، صرح به صاحب المهذب والماوردي ولكنه منعه الشيخ الإمام.

---

(١) سقط في «ب».
(٢) سقط في «ب».
(٣) في «ب» لو.
(٤) في «ب» في.
(٥) في «ب» في أن الضمان.

فصل

ويستثنى من المتقوم مسائل:

منها: إذا اقترض متقوماً، فالأصح أنه يرد مثله في الصورة، إلا في نحو الجوهر والحنطة المختلطة بالشعير - إن جوزنا قرضهما - فإنهما يضمنان بالقيمة صرح به الماوردي، ونقله عنه الوالد رحمه الله في «شرح المنهاج» وصوبه.

ومنها: من عجل الزكاة، وثبت الاسترداد إلى آخر الحول، والمعجل تالف، ضمنه بالمثل - وإن كان متقوماً - صححه الشيخ الإمام ورد جزم الرافعي بأن المتقوم يضمن بالقيمة.

ومنها: لو صار المتقوم مثلياً كمن غصب رطباً - وقلنا: إنه متقوم - فصار تمراً وتلف.

وقال العراقيون: يضمن مثل التمر، وقال الغزالي: يتخير بين مثل الثمن وقيمة الرطب وقال البغوي: إن كان الرطب أكثر قيمة لزمه قيمته وإلا لزمه المثل قال الوالد رحمه الله: وهو أشبه.

قاعدة: قال ابن القاص: كل ما جاز بيعه فعلى متلفه القيمة[1]. واستثنى المرتد ووافقه القفال، وضم - إلى المرتد - المستحق قتله في المحاربة. قلت: والذي أفهمه من لفظ القيمة - هنا - الضمان، والمعنى أن متلف ما يجوز بيعه يضمنه بقيمته إن كان متقوماً وبمثله إن كان مثلياً - لا خصوص القيمة المقابلة للمثل - والإلزام أن يضمن متلف المثل المتقوم، ولا يقول بهذا أحد، وسنحكي عن ابن الرفعة ما يقتضي أنه فهم خلاف هذا.

فصل

وما لا يجوز بيعه فلا قيمة على متلفه.

قاله ابن القاص، والقفال أيضاً وعزاه ابن الرفعة في البيع من المطلب إلى الجمهور ولمعترض أن يورد على القفال حبة الحنطة فإنه أوجب على متلفها مثلها - مع أن بيعها لا يجوز وهذا الاعتراض جار على ما فهمناه من أن المعنى بالقيمة هنا عوض المتلف، قيمة إن كان متقوماً، ومثلاً إن كان مثلياً. ومنع ابن الرفعة ورود هذا على

---

(١) المنثور ٣ / ١٠٧.

القفال ـ زاعماً أنه وافق عل عدم إيجاب القيمة لعدم إمكانها بخلاف المثل.

يعني فاستمر قوله: لا قيمة على متلفه، لأن الواجب ـ هنا ـ المثل لا القيمة إذ لا قيمة. وهذا يقتضي أنه فهم أن المعنى بالقيمة مقابل المثل، وقد قلنا: إنه لا يستمر ويلزم عليه أن يضمن ـ ما يجوز بيعه من المتلفات. . . بالقيمة ولا قائل به والذي أعتقده أن المراد بالقيمة هنا العوض، وحبة الحنطة لا تضمن ـ عند الجمهور ـ لأنها لا تباع فلا عوض لها، وهي جارية على القاعدة وخلاف القفال ـ فيها ـ لا يرد على ابن القاص. واتباع القفال له «في شرح التلخيص» لكونه يجري معه على كلام الأصحاب وليس له أن ينقض عليه اجتهاده في نفسه.

قاعدة: الرهن أمانة في يد المرتهن [**غير مضمون**][1].

قال الشيخ أبو حامد: والمحاملي: إلا في ثمان مسائل: قلت: وهي أكثر.

فمنها: إذا رهن المغصوب من الغاصب الأصح أن حكم الضمان باق.

ومنها: المرهون إذا تحول غصباً.

ومنها: المرهون إذا تحول عارية.

ومنها: المقبوض على السوم إذا تحول رهناً.

ومنها: المقبوض بالبيع الفاسد [**إذا تحول رهناً**][2].

ومنها: المبيع المقابل فيه، إذا رهنه منه قبل القبض.

ومنها: إذا خالعها على شيء ثم رهنه منها قبل القبض.

قاعدة: كل مرهون لا يسقط الدين بتلفه.

قال الإمام في «النهاية» إلا في مسألة واحدة ـ على وجه ـ وهي:

ما إذا شرط كون المبيع نفسه رهناً بالثمن، وقلنا: يصح الشرط، فإن المبيع على هذا يكون مرهوناً عند البائع، مضموناً عليه بحكم العقد، فإن ضمان العقد لا يزول إلا بالقبض.

قال الإمام: ولا يتصور ـ على مذهبنا ـ مرهون يسقط الدين بتلفه إلا هذا ولكن لا يسقط بسبب تلف الرهن ـ من حيث كان رهناً ـ بل بتلف المبيع من حيث كان مضموناً على البائع. انتهى. وتبعه الغزالي في البسيط.

---

(١) سقط في «ب».

(٢) سقط في «ب».

قاعدة: فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه[1]. قال القاضي الحسين: إلا ما شذ عن ذلك وهو عقد الشركة إذا كانت صحيحة فعمل كل واحد منهما في مال صاحبه. لا يكون عمله مضموناً وإذا كانت فاسدة يكون مضموناً وعكس هذا المسابقة على الخيل أو الرمي صحيحها يكون مضموناً بخلاف فاسدها.

قال ابن الرفعة: والمقبوض في الهبة الفاسدة مضمون ـ على وجه ـ بخلاف الصحيحة.

قلت: ومسائل أخرى:

منها: صحيح الوديعة لا ضمان فيه على المودع، ولو أخذها من صبي أو مجنون ضمن.

ومنها: إذا قال: قارضتك على أن جميع الربح لي ـ وقلنا: هو قراض فاسد، لا يستحق شيئاً على الأصح ـ وإن ربح ـ وفي القراض الصحيح يستحق المسمى فصحيحها مضمون بخلاف فاسدها في هذه الصورة.

ومنها: لو عرض العين المستأجرة على المستأجر، فامتنع من [تسلمها][2] إلى أن انقضت المدة، استقرت الأجرة، ولو كانت الإجارة فاسدة لم تستقر صرح به صاحب التهذيب.

ومنها: إذا نكح امرأة نكاحاً صحيحاً، وماتت من الولادة، لم يضمنها ـ بلا خلاف ـ ولعله إجماع ـ ولو كان النكاح فاسدا، ففي ضمانها قولان في البحر.

فائدة: ليس مرادنا ـ من قولنا: الفاسد كالصحيح في الضمان أنه يجب فيه المسمى كما في الصحيح، بل أنه مثله في أصل الضمان، فيجب ـ في الإجارة الفاسدة ـ أجرة المثل ونحو ذلك، لا خصوص المسمى.

فلا يجب المسمى في شيء من العقود الفاسدة إلا في مسألة واحدة وهي ما إذا بذل الكافر مالاً على الدخول في حرم مكة فإن الإمام لا يجيبه فإن فعل فالصلح فاسد، فإن فعل أخرج وثبت العوض المسمى بخلاف الإجارة الفاسدة فإنه إنما ثبتت فيها أجرة المثل، فإنه هنا استوفى في العوض وليس لمثله أجرة وإن دخل ـ ولم ينته إلى الموضع المشروط ـ وجبت الحصة من المسمى.

---

(١) الأشباه والنظائر ٢٨٣، مختصر قواعد العلائي ١ / ٣١٥.

(٢) في «ب» تسليمها.

قاعدة: المفلس لا يلزم بتحصيل ما ليس بحاصل، ولا يمكن من تفويت ما هو حاصل ويستثنى من الأول: ما إذا لزمه دين ـ وهو عاصي بسببه ـ فإنه يلزمه الاكتساب لوفائه، على ما ذكره أبو عبد الله العزاوي.

قاعدة: قال ابن الصباغ في الشامل في باب التفليس بعدما ذكر أن المفلس إذا باع نخلاً وأطلعت وأفلس المشتري قبل تأبير النخل فرجع البائع في الأصول هل يتبعها الطلع فيه قولان: أحدهما يتبع كما يتبع في المبيع والثاني: لا والفرق أن البيع يصدر بالاختيار بخلاف فسخ البيع ما نصه قال أصحابنا كل موضع أزال ملكه باختياره على سبيل العوض تبع الطلع، وكل موضع أزال ملكه بغير اختياره فهل يتبع فيه قولان كالرد بالعيب وقد ذكر الرافعي والمتأخرون معنى هذا أيضاً.

فائدة: كل دين مستقر ثابت في الذمة تجوز الحوالة عليه إلا الإبل الثابتة في الذمة بالجناية. وكل دين غير مستقر لا تجوز الحوالة عليه إلا الثمن في مدة الخيار.

قاعدة: أصح القولين أن حجر المفلس حجر مرض لا سفه ولا رهن والقول بأنه حجر رهن: استنبطه الوالد رحمه الله وخرجه وليس منصوصاً ولا نعني ـ بقولنا: إنه حجر مرض ثبوت أحكام حجر المرض كلها وكذلك في كل ما يغلب فيه أحد الجانبين على الآخر كقولنا: الظهار طلاق أو يمين واليمين المردودة إقرار أو بينة وأشباه ذلك.

ولو صح لك هذا ـ هنا ـ أن المريض يسوغ له الإقدام على التصرف ويحكم بصحة تصرفه ظاهراً ولا خلاف أن المفلس ممنوع من التصرف وإن قيل بتنفيذه فيما بعد. فإن قلت: فإذا كان كذلك، فلا فائدة في هذه القاعدة وأمثالها إذ لا فائدة غير إجراء الأحكام على قضية قاعدتها.

قلت: قال الشيخ الإمام ـ فيما عمله من تكملة شرح المهذب: بل فائدته معرفة حقيقة ذلك الشيء، وسره والمقصود به. قال: والفقيه يعلم أن الشيئين المتساويين ـ في الحقيقة وأصل المعنى ـ قد تعرض لكل منهما عوارض تفارقه عن صاحبه وإن لم تغير حقيقته الأصلية، فالفقيه الحاذق يحتاج إلى [**تيقن**][(1)] القاعدة الكلية في كل باب، ثم ينظر نظراً خاصاً في كل مسألة ولا يقطع شوقه عن تلك القاعدة حتى يعلم «هل تلك المسألة يجب سحب القاعدة عليها أو تمتاز بما [**ثبت**][(2)] له تخصيص حكم ـ في زيادة

---

(1) في «ب» أن ينص.

(2) في «ب» يثبت.

أو نقص ـ وفي هذا تتفاوت رتب الفقهاء، فكم من واحد متمسك بالقواعد ـ قليل الممارسة للفروع ومآخذها يزل في أدنى المسائل، وكم [من][1] آخر مستكثر في الفروع ومداركها قد أفرغ جمام ذهنه فيها ـ غفل عن قاعدة كلية، فتخبطت عليه تلك المدارك وصار حيران، ومن وفقه الله بمزيد [من][2] العناية ـ جمع له بين الأمرين، فيرى الأمر ـ رأي العين ـ انتهى كلامه ذكره في باب التفليس.

قاعدة: [كل][3] ما لو صرح به أبطل فإذا أضمره كره. ومن ثم يكره تزويج امرأة بقصد الطلاق ـ عند الإحلال لزوج آخر وهل يكره قصد إقراض ـ المشهور أنه يرد بأكثر مما اقترض فيه وجهان.

تنبيه: ذكر الشيخ الإمام الوالد رحمه الله هذه القاعدة في شرح المنهاج في مسألة التحليل وقال: ينبغي أن لا تؤخذ على إطلاقها، فإن مثل بيع الجمع بالدراهم وشراء الخبيث بها لا يكره».

قال وقد يقال: إذا احتج الأصحاب بأن الله تجاوز عن حديث النفس[4] لعدم البطلان فينبغي أن لا تثبت الكراهة أيضاً. لكنا نقول: هذا الحديث ـ وإن احتج به الأصحاب ففيه ما لم يتكلم أو يعمل فإن كان المقصود ـ ما لم يتكلم بالذي حدثت به نفسها أو يعمل به ـ فيصح الاحتجاج به.

وإن أخذ مطلقاً ـ فقد يقال: إن هذا حديث نفس ـ قارنه عمل ـ كما إذا التقى المسلمان بسيفهما أثم القاتل لصدور حرصه على القتل ـ وإن لم يحصل ماحرص عليه ولكن قارن حرصه عمل هو وسيلة إليه، وهنا قارن حديث النفس عمل، لكنه ليس وسيلة إلى الحرام بل إلى الخلاص عنه فلم يحرم وأما الكراهة: فإن قصد بتلك الحيلة معنى المفسدة المنهي عنها شرعاً فتقوى الكراهة، وإلا فلا، ومسألة الخبيث من القسم الثاني. هذا كلام الوالد رحمه الله.

---

(١) سقط في «ب».

(٢) سقط في «ب».

(٣) سقط في «ب».

(٤) يشير إلى ما أخرجه البخاري ومسلم رحمهما الله إن الله تجاوز عن أمتي ما وسوست به صدورها ما لم تعمل به أو تتكلم.

البخاري ٥ / ١٦٠ في العتق / باب الخطأ والنسيان (٢٥٢٨).

قاعدة: كل خيار يرجع إلى الحظ والمصلحة، يجوز التوكيل فيه، وكل خيار يرجع إلى الإرادة والشهوة لا يوكل فيه وفيما تردد بينهما تردد فمن الأول: خيار الشرط والعيب والخلف. ومن الثاني: خيار من أسلم على أختين أو أكثر من أربع. ومن الثالث: خيار الرؤية ـ على القول بتجويز بيع الغائب.

قاعدة: كل متصرف عن الغير فعليه أن يتصرف بالمصلحة. وفي وجه ـ حكاه الإمام، والغزالي ـ والروياني ـ أن الواجب عدم المفسدة فإذا استوت المصلحة والمفسدة لم يتصرف على الأول، ويتصرف على الثاني وفيها مسائل:

منها: إذا استوى في نظره المصلحة والمفسدة في أخذ الشقص المشفوع وتركه لليتيم ففي أخذه الوجوب وهو أغربها ـ والجواز، والتحريم.

ومنها: وهي مما يرد نقضاً ـ إذا شرط في البيع الخيار لأجنبي لم يلزم الأجنبي رعاية الحظ، قال الرافعي: هكذا ذكروه. ولناظر أن يجعل شرط الخيار إنما ما إذا جعلناه نائباً عن العاقد.

ومنها: إذا جن المكاتب ـ وله مال ـ قال الأصحاب: يؤدي الحاكم عنه النجوم وقيده الغزالي بما إذا كانت الحرية مصلحته، بخلاف ما إذا كان يضيع بالعتق وحاول الرافعي وابن الرفعة تبقية كلام الأصحاب على إطلاقه، وإبقاؤه على إطلاقه تكون صور كون العتق مفسدة واردة نقضاً على القاعدة.

والرافعي قال: إن القيد قليل الفائدة ـ مع قولنا: إن السيد إذا وجد له ما لا يستقل بأخذه، إلا أن يقال: إن للحاكم منعه من الأخذ ـ والحالة هذه وقال ابن الرفعة: لو قيل: للحاكم منعه لكان قليل الفائدة أيضاً لأن السيد حينئذٍ يتمكن من الفسخ. فيسترجع المال والعبد، ويتمكن من عتقه يعني عتقاً يصادفه لا مال معه، وإلا فهو يتمكن من العتق دائماً فيقع فيما منه فررنا قال: فيصح إذا ما قاله الأصحاب. قلت: ولمانع أن يمنع جواز عتقه ـ والحالة هذه ـ ويقول: إذا منعه الحاكم من الأخذ لم يقدر على غير الفسخ الموجب لبقاء العبودية ـ التي هي الآن مصلحة أما العتق ـ حيث لا ضرر ـ فلا، ولكن هذا لا نجد في كلام أكثر الأئمة مساعداً عليه غير ما في حفظي عن شيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام: [إن][1] من أعتق العبد ـ في زمن الغلاء المفرط ـ إذا أدى إلى ضيعته ـ لا

---

(١) في «ب» من أن أعتق.

يجوز ولا أعرف للشيخ عز الدين سلفاً في ذلك، إلا أن يكون هذا القيد الذي ذكره الغزالي هنا.

ومنها: إذا اتفق في ماله فرضان في نصاب ـ كالمائتين ـ فيها أربع حقائق وخمس بنات لبون، وهما موجودان عند المالك فالمذهب وجوب الأغبط للمساكين وقال ابن سريج: لا يجب، بل يستحب قال: «إلا أن يكون ولي يتيم فيراعي حظه».

قلت: فعلى هذا يأخذ المتصرف للمساكين غير الأغبط ـ وهو خلاف مصلحتهم ـ لمعارضة مصلحة يتيم معين، فكان وجوب التصرف بالمصلحة مقيداً بعدم المعارض.

قاعدة: ما لا يستحق بالشيء، لا يستحق به ذلك الشيء. ذكرها القاضي الحسين، والرافعي، وغيرهما في باب الشفعة، ومن ثم لو كان بعض الدار وقفاً، فباع صاحب الطلق منها نصيبه، لم يكن للموقف عليه الشفعة على الأصح ـ وإن قلنا: ان الموقوف عليه يملك الموقوف وأنه يقبل القسمة.

ومن أصحابنا من علل المنع بأن الموقوف عليه لا يملك، وأن الوقف لا يفرز بالقسمة عن الطلق، ولكن قضية إيراد الرافعي ترجيح العلة التي جعلناها قاعدة.

ولما ذكر القاضي القاعدة، خرج عليها فرعاً ـ في جارية نصفها قن، ونصفها أم ولد ـ نقله عنه الشيخ الإمام في شرح المنهاج وتكلم عليه.

ومن فروع القاعدة ـ أيضاً دار ثلثها ملك لزيد وثلثها ملك لعمرو، وثلثها وقف على خالد، فباع أحد المالكين نصيبه. هل تثبت للآخر الشفعة، قال الوالد رحمه الله: ينبغي أن يقال إن جوزنا قسمة الوقف عن الملك وهو اختيار النووي ـ ثبت لانتفاء العلة التي ذكرها القاضي، ولأنه ملك وإن لم نجوزه ـ وهو المشهور ـ فلا شفعة لعدم توقع الضرر بالمقاسمة.

قلت: وإن أثبتنا الشفعة فيحتمل أن تثبت له الشفعة في الثلث كله، ويحتمل أن تثبت في السدس.

وقد نازع ابن الصباغ في صحة العلة ونقضها ابن الرفعة، فصاحب الجزء الكبير يأخذ بالشفعة ـ دون صاحب الجزء الصغير ـ وبالعكس.

قاعدة: قال الشيخ أبو محمد ـ فيما نقله عنه ولده الإمام في النهاية: «كل ما لا

يؤخذ في مقابلة الدين إلا [**معاوضة**](١)فلا تجوز الحوالة عليه وكل ما يؤخذ استيفاء ـ من غير احتياج إلى الرضى ـ تجوز الحوالة عليه [**إن**](٢) كان ديناً، وكل ما يجوز استيفاؤه ولكن يشترط فيه الرضى ففي جواز الإحالة عليه خلاف والظاهر المنع.

وقال العراقيون: كل ما هو من ذوات الأمثال [**يجوز إحالة الدين فيه على مثله، وما ليس من ذوات الأمثال**](٣) ـ إذا فرض ديناً مع اتحاد الجنس والنوع فهل تصح الإحالة عليه؟ فيه وجهان.

قاعدة: كل ما لو قارن لمنع فإذا طرأ فعلى قولين. كما لو أسلم فيما يعم، فانقطع في محله ففي الانفساخ قولان. وكالفسق فإنه يمنع ولاية الإمامة ابتداء، وإذا طرأ. لم يعزل على الصحيح وتستثنى مسائل:

منها: الرضاع: لو قارن ابتداء النكاح لمنعه، ولو [طرأ](٤) لقطعه أيضاً ولا خلاف فيه.

ومنها: العدة، لو قارنت ابتداء النكاح لمنعته، ولو طرأت في أثنائه في وطء الشبهة لم تقطعه، ولا خلاف فيه.

فصل

هذه القاعدة ينقضها شيء، يعده العادون في القواعد، ويندرج فيها شيء يعده آخرون في القواعد.

أما الذي ينقضها فقولهم: كل تصرف يمنع ابتداء الرهن، يفسخه إذا طرأ عليه ـ قبل القبض ـ ولم يحكوا ـ في ذلك ـ قولين، فلم يطرد دعوى القولين، قال الوالد [**رحمه الله**](٥) في «شرح المهذب» وهذا مطرد ـ لا ينقضه شيء ـ ولا يرد أن الأصح عدم الانفساخ بتخمير العصير، وجناية العبد، وإباقه، وكذا بموت العاقد عند الرافعي والنووي خلافاً للشيخ الإمام. قال الشيخ الإمام: وإنما لم ينقض الرهن لأن كلامنا في التصرفات، لا في كل ما يمنع الرهن.

قال: وأما عكس هذا الضابط فيستثنى منه الرهن من غير قبض ـ على المنصوص

---

(١) في «ب» بمعاوضة.

(٢) في «ب» إذا.

(٣) سقط من «أ» والمثبت من «ب».

(٤) في «ب» لو طرأت.

(٥) ساقط في «ب».

وأمور أخر على وجه. وأما الذي يندرج في القاعدة. فإنه قد يغتفر في الدوام، ما لا يغتفر في الابتداء ومسائلها كثيرة وهي من أصلها خارجة عن القواعد، وانظر كيف أتينا بلفظ «قد» التي لا تستعمل غالباً إلا للتقليل وفهمه ابن مالك[1] من قول سيبويه[2]، وتكون قد بمنزلة ربما قال الهذلي، قد أترك القرن مصفراً أنامله: كأن أثوابه محت بفرصاد كأنه قال: ربما هذا نص سيبويه.

قال ابن مالك: فإطلاقه أنها بمنزلة ربما موجب للتسوية بينهما في التقليل والصرف إلى المعنى. انتهى وهو الصحيح عندي. واعتراض شيخنا أبي حيان[3] - رضي الله عنه - بأن سيبويه لم يبين الجهة التي فيها «قد» بمنزلة «ربما» فلا يدل ذلك على التسوية في الأحكام - فيه نظر، فإن ظاهر كون الشيء بمنزلة الشيء، والمساواة في الأحكام كلها إلا ما تعين خروجه.

ثم اعترض شيخنا ثانياً بأنه قد يستدل بكلام سيبويه على نقيض التقليل، وهو التكثير، لأن الإنسان لا يفخر بشيء يقع منه على سبيل التقليل والندرة، وإنما يفخر بما

---

(١) محمد بن عبد الله بن عبد الله بن مالك العلامة الأوحد جمال الدين أبو عبد الله الطائي الحياني نزيل دمشق ولد سنة ثمان وتسعين وخمسمائة وقيل ولد سنة ستمائة أو سنة إحدى وستمائة، قال الذهبي: وصرف همته إلى إتقان لسان العرب حتى بلغ فيه الغاية وحاز قصب السبق وأربى على المتقدمين وكان إماماً في القراءات وعللها وصنف فيها وأما اللغة فكان إليه المنتهى في الإكثار من نقل غريبها واطلع على حواشيها وأما النحو والتصريف فكان فيه بحراً لا يجارى وحبراً لا يبارى توفي رحمه الله في شعبان سنة اثنتين وسبعين وستمائة ودفن بالصالحية بتربة ابن الصائغ.

- ابن قاضي شهبة ٢ / ١٤٩، فوات الوفيات ٢ / ٢٢٧، النجوم الزاهرة ٧ / ٢٤٣، شذرات الذهب ٥ / ٣٣٩، الوافي بالوفيات ٣ / ٣٥٩.

(٢) وهو عمر بن عثمان بن قنبر وسيبويه كلمة فارسية معناها رائحة التفاح ولد سنة ١٤٨ هـ في إحدى قرى شيراز ثم انتقل إلى البصرة وأخذ عن الخليل ويونس وأبي الحطاب الأخفش فكان إمام البصريين وله مناظرات مع الكسائي ومن مصنفاته كتابه الشهير المسمى بسيبويه في النحو لم يضع قبله ولا بعده مثله.

بغية الوعاة ٢ / ٢٢٩، وفيات الأعيان ٣ / ٤٦٢.

(٣) محمد بن يوسف بن علي بن يوسف بن حيان الإمام أثير الدين أبو حيان الأندلسي الغرناطي النُفريّ نسبة إلى نفرة قبيلة من البربر نحوي عصره ولغويه ومفسره ومحدثه ومقرئه ومؤرخه وأديبه كذا وصفه السيوطي في البغية.

ولد بمطخشارش مدينة بغرناطة في آخر شوال سنة أربع وخمسين وستمائة، وله من التصانيف البحر المحيط، غير ذلك بغية الوعاة ١ / ٢٨٠ (٥١٦)، شذرات الذهب ١٠ / ١١١، حسن المحاضرة ١ / ٥٣٤،الدرر الكامنة ٥ / ٧٠. ابن السبكي ٦ / ٣١.

يقع منه على سبيل الكثرة، فتكون «قد» هنا بمنزلة «ربما» في الكثرة انتهى. ففهم أن «قد» - في البيت - للتكثير، وهذا ما فهمه الزمخشري[1] من البيت، وتابعهما الشيخ جمال الدين عبد الله بن هشام[2] وزاد فقال في كتابه - المغني - ما نصه: «الرابع - يعني من معاني التكثير - قال سيبويه في قول الهذلي: قد أترك القرن مصفراً أنامله.. وقاله الزمخشري في ﴿قد نرى تقلب وجهك في السماء﴾.

قال: أي ربما نراه، ومعناه تكثير الرؤية ثم استشهد بالبيت «انتهى».

قلت: وهذا لم يقله سيبويه وإنما فهمه عنه أبو حيان وليس جازماً به - كما رأيت - كلامه، بل قاله معارضة لفهم ابن مالك، وهو معارض بفهم ابن مالك وغاية الأمر أن فهم أبي حيان، طابق فهم الزمخشري من البيت وهذا لا يكفي في تسويغ النقل عن سيبويه - أنه قال: ان «قد» في البيت للتكثير - مع كون أن كلامه محتملاً، وفهم منه آخر المجتهدين في النحو - وهو ابن مالك - التقليل.

ثم أقول: الحق ما فهمه ابن مالك، فإن الفخر يقع بترك الإنسان قرنه كأن أنامله محت بفرصاد - ولو في وقت واحد.

وقول شيخنا الإنسان لا يفخر إلا بما يصدر منه إلا على سبيل الكثرة - جوابه: أن ذلك فيما يمكن جريانه قليلاً وكثيراً. فلا يفخر بقليله بل بكثيره. وأما ما لا يتفق إلا نادراً فإنه يقع الافتخار منه بالقليل، لاستحالة الكثرة وترك الإنسان قرنه - بهذه الصفة - لا

---

(١) محمود بن عمر بن أحمد الزمخشري أبو القاسم جار الله كان واسع العلم كثير الفضل غاية الذكاء وجودة القريحة متفنناً في كل علم معتزلياً قوياً في مذهبه مجاهراً به ولد في رجب سنة سبع وتسعين وأربعمائة وله من التصانيف الكشاف في التفسير والفائق في غريب الحديث وغير ذلك. بغية الوعاة ٢ / ٢٧٩ - ٢٨٠، انباه الرواة ٣ / ٢٦٥، البداية والنهاية ١٢ / ٢١٩، الجواهر المضيئة ٢ / ١٦٠، لسان الميزان ٦ / ٤، النجوم الزاهرة ٥ / ٢٧٤، وفيات الأعيان ٤ / ٢٥٤.

(٢) عبد الله بن يوسف بن أحمد بن عبد الله بن يوسف أبو محمد جمال الدين بن هشام من أئمة العربية ولد سنة ثمان وسبعمائة، قال ابن خلدون: ما زلنا ونحن بالمغرب نسمع أنه ظهر بمصر عالم بالعربية يقال له ابن هشام أنحى من سيبويه ومن تصانيفه المغني وعمدة الطالب، رفع الخصاصة عن قراءة الخلاصة وغير ذلك.

توفي في ليلة الجمعة خامس ذي القعدة سنة إحدى وستين وسبعمائة.

شذرات الذهب ٦ / ١٩٠، الأعلام للزركلي ٤ / ١٤٧، الدرر الكامنة ٢ / ٣٠٨، مفتاح السعادة ١ / ١٥٩، النجوم الزاهرة ١٠ / ٣٣٦.

يستحيل كونه كثيراً وإنما يتفق نادراً فلذلك يفتخر به لأن القرن هو المقاوم للشخص، فلو فرض مغلوباً ـ معه ـ في الغالب، لم يكن قرناً له، [فلا][1] المرء قرناً إلا عند المقاومة غالباً ثم يفتخر بأنه غلب قرنه.

فنقول: لما كان قوله: القرن يقتضي أنه لا يغلب قرينه لأن هذا شأن القرينين غالباً. موهماً التعارض ثم قضى بأنه قد يغلبه ـ حملنا ذلك على الندرة، صونا للكلام عن التدافع والتناقض.

وقلنا: المراد تركه تركاً لا يخرجه عن كونه قرناً ـ وذلك هو الترك النادر لئلا يكذب آخر الكلام أوله.

ونحو هذا: قول بعض النحاة ـ في الرد على من ادعى أن «قد» ترد للتقليل مستشهداً بقولهم: «قد يصدق الكذوب، وقد يجود البخيل» إنما «قد» هنا ـ للتحقيق، لا للتقليل، والتقليل لم يستفد ـ في المثالين ـ من «قد» بل من قولك: الكذوب يصدق، والبخيل يجود فإنه إن لم يحمل على أن صدور ذلك ـ منهما ـ قليل، كان فاسداً، إذ آخر الكلام يناقض أوله. فنقول ـ كذلك ـ في قوله «قد أترك القرن...» إنما المراد التقليل لأنه إن لم يحمل على التقليل [كذب آخر الكلام أوله][2] وهو إثبات أنه قرن ـ وعند ذلك أقول: قد أطلت الكلام في «قد» وغرضي حاصل بدونها فإن لفظ «الاغتفار» ـ في قولهم: «يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء» مبني [على][3] أن أصل المؤاخذة به، لولا ورود المغفرة عليه، فمن أدخل في القواعد ـ قولهم: «قد يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء» وقولهم: «قد يغتفر الشيء تابعاً، ولا يغتفر أصلاً» ـ فليس على بصيرة من فهمه، وهو كمن يدخل المعفو عنه ـ في باب النجاسة ـ في أقسام الطهارات.

والتحقيق: أن وجود الشيء في الدوام بمنزلة وجوده في الابتداء، إلا ما استثني والمستثنى لا يكون هو القاعدة. وهنا قسمان: أحدهما: أن يستوي وجود الشيء ابتداءً ودواماً، وهو الأصل وذلك على ضربين: أحدهما: أن يكون ذلك جزماً، نحو قطع نجاسة الماء القليل بطريان الكثرة عليه وقطع النكاح بطريان الرضاع المحرم، وكذا وطء أبيه، أو ابنه زوجته بشبهة، وبوطئه هو أمها أو ابنتها بشبهة، وطريان ملك الزوج للزوجة أو بعضها. وبالعكس وهو كثير جداً. والثاني: أن يكون كذلك ولكن على الأصح من

---

(١) في «ب» فلا يكون. (٢) في «ب» أول الكلام. (٣) في «ب» غير.

الخلاف مثل طريان الكثرة على الماء القليل المستعمل، وطريان الشفاء على المستحاضة في أثناء الصلاة، وطريان الردة ـ والعياذ بالله تعالى ـ على المحرم فيبطل نسكه، وطريان قصد المعصية على سفر الطاعة حتى لا يترخص، وعكسه حتى يترخص، وطريان نقصان عدد الجمعة في أثنائها ـ كما لو انفضوا ـ فتبطل الصلاة، وإذا طولب المولى بالفيئة أو الطلاق، فوطىء ولم ينزع، كما غيب، بل مكث، فالصحيح لاحد لأن الابتداء كان مباحاً وهو أيضاً كثير.

القسم الثاني: أن لا ينزل منزلة الابتداء: وهذا هو الخارج، وهو أيضاً على ضربين أحدهما: أن يكون ذلك جزماً ـ وهو قليل ـ مثل طريان الإحرام والردة وعدة الشبهة على النكاح، وطريان الإسلام عل السبي فإنه لا يزيل الملك وطريان اليسار، ونكاح الحرة، والأمن من العنت على حر نكح أمة بالشروط ـ خلافاً للمزني في اليسار، ونكاح الحرة، وطريان إباق العبد فإنه لا يفسخ البيع ـ مع كون الإباق يمنع صحة البيع ابتداء، ولو ابتلت الحنطة المرهونة وتعرضت للفساد لم ينفسخ عقد الرهن. وإن قلنا: رهن ما يتسارع إليه الفساد باطل، ولو رأى المتيمم الماء في أثناء الصلاة أتمها، إن كانت مما يسقط فرضها بالتيمم، وهو مانع في ابتداء الصلاة ولو أسلم عبداً لكافر لم ينفسخ عقد البيع، بخلاف ما لو كان مسلماً ابتداء.

وثانيهما: أن يكون فيه خلاف، والأصح أنه لا يترك، وهو أكثر من القسم قبله مثل: القدرة على الماء في أثناء الصلاة، ونية التجارة بعد الشراء، وطريان ملك الابن على زوجة الأب فإنه لا ينفسخ به النكاح وإن كان ملك الابن مانعاً من عقد الأب، ومثله إذا تزوج العبد بجارية ولده ثم أعتق، وإذا بنى جداراً ملاصقاً للشارع ـ مائلاً. فسقط ضمن ما يتولد من سقوطه، وإن مال ـ بعد أن بناه مستوياً وقبل التمكن من الهدم أو الإصلاح ـ فالأصح لا يضمن، ولو سفه في الدين ـ دون المال لم يحجر عليه في الأصح، وإن قلنا: لو قارن ذلك البلوغ اقتضى دوام الحجر، ولو جرت قسمة ثم استحق جزء شائع لم يبطل في غيره على الأصح، لو أراد بعض الشركاء ـ في الابتداء ـ أن ينفرد بالقسمة لم يمكن.

إذا عرفت هذا: فكل من عد الاعتقاد في الدوام أصلاً من أصول القواعد فقد أساء الفهم عن الأئمة وأسوأ منه فهماً وأسفه رأياً ونظراً من يعد في القواعد المسائل القليلة التي وقع فيها عكس هذه المسائل، وهو ما دعت إليه الضرورة من اغتفار الشيء في

الابتداء دون الدوام، فإن ذلك مستثنى من القاعدة المشهورة التي أشار إليها الإمام في باب التفليس. وهي أن «ما منع الدوام منع الابتداء». وقد ذكرها الشيخ الإمام رحمه الله في باب التفليس من «شرح المهذب» **[فقال]**[١]: لم أر أحداً من الفقهاء استثنى من هذه القاعدة شيئاً إلا ابن الرفعة فإني سمعته يقول إلا لقرابة تمنع دوام الملك دون ابتدائه.

قال الشيخ الإمام: وهي مسألة مليحة تستفاد في نقض القاعدة على المذهب قال: وألحقت أنا بها الجنون، يمنع دوام أجل الدين على قول ولا يمنع ابتداءه. على ما قاله الإمام، ومثله يأتي في باب الفلس[٢] والتحقيق عدم الاستثناء، أما الجنون والفلس، فالقاطع طريانهما، . وأما القرابة فليست مانعة من الملك بل موجبة للعتق بدليل قوله ﷺ«فيشتريه فيعتقه» فملك القريب كإعتاقه قاطع لا مانع. انتهى كلام الوالد.

وقد ذكرت ـ أنا ـ في كتاب «التوشيح» مسائل غير هاتين، وأنا أسردها ثم أعقبها بذكر مسائل ـ توهم بعض الطلبة أنها من ذلك ـ وليس كما توهم.

فمنها: هاتان الصورتان.

ومنها: إذا زوج عبده بأمته لم يجب مهر، وقيل: يجب ثم يسقط، فعلى هذا يفتقر في الابتداء ما لا يفتقر في الدوام.

ومنها: لو وجب القصاص على رجل، فورث القصاص ولده، قيل: يجب ثم يسقط وقيل: لا.

ومنها: لو أحرم زال ملكه عن الصيد على الأصح ولو اشترى المحرم صح في وجه.

ومنها: لو تكفل ببدن ميت، صح، أو حي فمات انقطعت الكفالة في وجه.

ومنها: على وجه ـ لو أحرم مجامعاً، انعقد إحرامه صحيحاً، ثم إن نزع ـ في الحال ـ صح، وإلا فسد، ولو صدر الجماع في أثناء الإحرام أفسد النسك.

ومنها: إذا أذن لجارية ثم استولدها ففي بطلان الإذن اختلاف بين أصحابنا.

قال الرافعي: واتفقوا على أنه يجوز أن يأذن ـ ابتداء ـ للمستولدة فهذا ما أحفظه وأما ما أظن أنه منها، وليس منها فصور.

---

(١) سقط في «ب».

(٢) في «ب» المفلس.

ومنها: كان شيخنا الحافظ تقي الدين أبو الفتح السبكي يعد منها ما لو تناديا بالبيع متباعدين فإنه يصح.

قال إمام الحرمين: ويحتمل أن لا يثبت لهما خيار المجلس، لأن طريان التفرق قاطع للخيار، فالمقارن يمنع ثبوته قال: ويحتمل أن يقال: يثبت، ما داما في موضعهما.

قال ابن العم رحمه الله: فعلى هذا اغتفر في الابتداء ما لو وقع في الدوام لم يغتفر.

قلت: الاحتمال الثاني هو الحق، وفيما ذكره أبو الفتح نظر، فإن هذا ليس بتفريق بل هو مجلسهما، والتفرق عندنا الانفصال عن مجلس العقد. نعم قد يركب منه لغز، فيقال اثنان تعاقدا البيع، فثبت لهما خيار المجلس - وهما متباعدان - فلما تقاربا وضمهما مجلس مختصر، زال، أو يقال متفارقان، ثبت لهما الخيار، فلما اجتمعا زال.

ومنها: إذا طلع الفجر على الصائم - وهو مجامع - فنزع، صح صومه [ولو جامع][1] في أثناء الصوم بطل.

قلت: ولا يصح عد هذه الصورة فإن المغتفر في الابتداء - النزع فلم يحصل به فطر، وفي الدوام الفطر لا يحصل بالنزع بل بالإيلاج فلم تتحد الصورة وإنما يصح التنظير لو وجدت صورة يغتفر في الابتداء ثم توجد بعينها في الدوام ولا تغتفر.

ومنها: وطء من علق الثلاث على الوطء، فإن الطلاق يقع في أول الإيلاج، فاغتفر في الإيلاج ابتداء، زمن البينونة، ولم يغتفر دوامه بل يجب النزع ولباحث أن يمنع كون ابتداء الإيلاج محرماً إذ لا يصادف طلبه ولذلك التفات على أن العلة هل هي مع المعلول.

بل أقول: ولو قلنا: إنها مع المعلول، فالعلة نفس الإيلاج لا ابتداؤه إلا أن يقال ذات الإيلاج لا ابتداء لها ولا انتهاء وللبحث في ذلك مجال - لسنا له الآن.

قاعدة: قال ابن القاص: كل من وجب عليه الحبس بدين فقال صاحب الدين لا

---

(١) سقط في «ب».

يحبس ـ وأنا ألازمه كانت الملازمة أحق إلا أن يقول المـديون: احبسني وامنعـه من ملازمتي، فينظر.

إن كان لا يريد الملازمة خوف الشهرة ـ بلا ضرر يدخل عليه [**في ذلك لم يمنع من ملازمته. وإن كان يمتنع من ذلك لضرر يدخل عليه**][1] في وضوئه وطهوره رد إلى الحبس لأن الملازمة تكون في المسجد فإذا طال ذلك ضربه البراز والطهور واستدل على أنه لا يمنع ـ في القسم الأول ـ بقوله ﷺ: «لي الواجد يحل عرضه وعقوبته»[2].

وبتسميته أسيراً ـ قـال الشيخ الإمـام ـ رحمه الله ـ في بـاب التفليس من شرح المهذب.

وفي هذا الاستدلال إشارة إلى أن صورة المسألة في حبس العقوبة أمـا حبس الاستكشاف: فينبغي إذا طلب المديون الحبس وترك الملازمة يجاب ـ من غير تفصيل.

والرافعي رحمه الله نقل هذا الفرع عن ابن القاص وقال: إن الملازمـة أخف ويمكن إلا أن يقول انه تشق عليه الطهارة والصلاة فقد يتوهم من كلامه أن الطهارة على سبيل المثال وأن مشقة الشهرة مثلها. قال الشيخ الإمام: وقد عرفت أن كلام ابن القاص يدفع هذا أو يوهم ويبين أن الملازمة قد تكون أثقل.

قال: وكلام ابن القاص ـ هذا. يشعر بأن المراد من الملازمة ملازمته في مكان واحد كالمسجد ونحوه وهي قريبة من معنى الحبس وكلام غيره يقتضي أن معناها. أن يكون معه حيث كان ـ من غير منع من التردد في حاجته ـ وهي أخف ـ وإن كان فيها إضجار. والصيمري[3] قال: ولرب الدين ملازمته بنفسه وبوكيله، وهذا مطلق وكلام ابن القاص مفصل.

---

(١) سقط في «ب».

(٢) أخرجه أحمد في المسند ٤ / ٢٢٢ ـ ٣٨٨ ـ ٣٨٩ وأبو داود ٤ / ٣١٣ في الأقضية / باب الحبس في الدين (٣٦٢٨) والنسائي ٧ /٣١٦ في البيوع / باب مطل الغني وابن ماجة ٢ / ٨١١ في الصدقات / باب الحبس في الدين والملازمة (٢٤٢٧) والبخاري تعليقاً ٥ / ٦٢ في كتاب الاستقراض / بـاب لصاحب الحق مقال وأورده الهيثمـي في موارد الظمآن ص ٢٨٣ في البيوع / باب في المطل (١١٦٤) والحـاكم في المستدرك ٤ / ١٠٢ في الأحكـام / باب لي الـواجد، وقـال صحيح الإسنـاد ووافقه الذهبي.

(٣) عبد الواجد بن الحسين أبو القاسم الصيمري البصري أحد أئمة الشافعية وأصحاب الوجوه حضر مجلس

وقال القفال الكبير[1]: إذا طلب الحبس ورضي الطالب بالملازمة ولم يحبس لأن الحبس إن كان للاستيثاق وكشف الحال فهو إلى رأي الإمام ـ يحتفظ به وإن كان للعقوبة فلا حق للمطلوب فيه، وأنه إذا لزم منع من الاضطراب في أموره ولا يمنع مما لا بد منه ـ من دخول الخلاء ونحوه ـ ولا يمنع في الحبس أو موضع الملازمة من أن يبيع ويشتري. ويصلي تطوعاً ويعمل العمل من خياطة ثوب أو غيرها.

قاعدة: قال أبو الحسن الفناكي: كل من غصب شيئاً لزمه رده أو رد قيمته إلا في مسألة واحدة وهي: أن يسجر التنور ليخبز فيه قيمة آخر من الخبز فيلزمه قيمة الحطب، [**وليس ما غصب**][2] ولا قيمة ما غصب. لأنه غصب خبزاً وعليه قيمة الحطب ومن أصحابنا من قال: عليه الخبز. ومنهم من قال: إن عليه أن يسجر التنور ويحميه كما كان.

قلت: وصور الزبيري ـ في كتاب المسكت ـ المسألة بأن يصب عليه آخر ماء فيطفيه، وحكى الأقوال إلا أنه حكى بدل القول: بأن عليه الخبز قولاً: أن عليه قيمة الجمر، واستشكل الأقوال الثلاثة. أما القول بأن عليه قيمة الجمر، قال فلأنه لا قيمة له معروفة، ولا يكال، ولا يوزن وأما القول بأنه يحميه كما كان فلأنه لا ضابط له.

القاضي أبي حامد المروذي وتفقه بصاحبه أبي الفياض النصري أخذ عنه الماوردي، قال أبو إسحاق: ارتحل الناس إليه من البلاد وكان حافظاً للمذهب حسن التصانيف ومن تصانيفه الإيضاح والكفاية والإرشاد شرح الكفاية، قال ابن الصلاح: كانت وفاته بعد سنة ست وثمانين وثلاثمائة.

والصيمري بصاد مهملة مفتوحة ثم ياء ساكنة بعدها ميم مفتوحة ضمها بعضهم منسوب إلى صيمرة نهر من أنهار البصرة عليه عدة قرى ابن قاضي شهبة ١ / ١٨٤ ـ ١٨٥، الشيرازي ص ١٠٤، الأسماء واللغات ٢ / ٢٦٥.

(١) محمد بن علي بن إسماعيل أبو بكر الشاشي القفال أحد أعلام المذهب وأئمة المسلمين مولده سنة إحدى وتسعين ومائتين وسمع من أبي بكر بن خزيمة وابن جرير والبغوي وغيرهم وهو أول من صنف في الجدل الحسن من الفقهاء، وقال الحاكم: كان أعلم أهل ما وراء النهر «يعني في عصره» بالأصول وأكثرهم رحلة في طلب الحديث.

توفي في ذي الحجة سنة خمس وستين وثلاثمائة، ابن قاضي شهبة ١ / ١٤٨، الشيرازي ٩١ ـ ٩٢، وفيات الأعيان ٣ / ٣٣٨، الأسماء واللغات ٢ / ٢٨٢، النجوم الزاهرة ٤ / ١١١، شذرات الذهب ٣ / ٥١.

(٢) في «ب» وليس هو ما غصب.

وأما القول بأن عليه قيمة الحطب [فإن المطفي لم يستهلك الحطب][1] وإنما أتلف الجمر بعد خروجه عن الحطبية. قال: كما أن من أحرق ثوباً ليتخذ رماده حراقاً فأتلفه رجل، لا تجب عليه قيمة الثوب قبل الإحراق.

ثم قال الزبيري: أقرب ما يقال وجوب قيمة الجمر فإن له قيمة. فإن قلت: فإذا انتهى إلى حد لا قيمة له فلا شيء عليه إلا الإثم وإن بقي بعد الإطفاء فحم ينتفع به، نظر إلى قيمته حامياً وإلى نقصه حين صار فحماً ووجب ما بينهما من التفاوت.

وذكر الزبيري أيضاً ـ في المسكت أنه لو برد ماء في يوم صائف، فألقى فيه رجل حجارة محماة أذهبت برده، فقال قوم: لا شيء عليه لأن هذا ماء على هيئته، وتبريده ممكن.

وقيل: يأخذ هذا المعتدي ما أسخنه، ويضمن مثله بارداً.

وقيل: ينظر إلى ما بين القيمتين في هذه الحالة فيضمن به.

قال: «وقول الأولين مشكل، لأن هذا أتلف بمنفعة مقصودة، فصار كما لو نسج ثوباً، أو ضرب لبناً فأعادهما إلى حالهما الأول» قال: على أن بعضهم ارتكب في هذين أيضاً أنه لا يضمن ما نقص، وهو بعيد، ومنهم من قال يضمن مثل الثوب منسوجاً، ومثل اللبن مضروباً ويرد على هؤلاء أن فيه إزالة الملك عن المالك، ودخوله في ملك الآخر بمجرد التعدي، ويرد على من قال: يضمن ما بين القيمتين بارداً أو مسخناً أن الماء ربوي، فإذا أخذ ماءه ومعه دراهم لما نقص وقع في محذور الربا، كما قيل فيمن كسر درهماً مضروباً لغيره ثم نقصت قيمته بقيراط من الذهب يحكم عليه به، وشنعوا على قائله بأنه ربا والحق أنه لا محذور لأن مالك الدراهم والماء لم يزل ملكه عنهما، ثم يعود إليه مع غيره، حتى يقع في الربا فلا شناعة في نفس الأمر.

قال: ولو ألقى في ماء أسخنه رجل قطعة ثلج لينتفع به، فهي كالمسألة قبلها.

قال: ولو بل خيشاً ونصبه ليتبرد به، فجاء رجل وأوقد عنده ناراً حتى نشف وحمي، قال بعضهم: عليه قيمة الماء الذي بل به، وقال غيره عليه قيمة الانتفاع به مدة بقائه بارداً.

وقال آخرون: لا شيء عليه إلا الإثم.

---

(١) سقط في «ب».

قال: وأعدلهـا القول الثاني، لأنه أتلف منفعة مقصودة.

قاعدة: قال الأصحاب في باب الغصب: كل يد ترتبت على يد الغاصب فهي يد ضمان فيتخير المالك ـ عند التلف ـ بين مطالبة الغاصب وبين ما ترتبت يده على يده سواء على الغصب أم لا ثم ان علم الغصب، فهو غاصب من الغاصب، وإن جهل فسنذكر حكمه في القاعدة الثالثة لهذه القاعدة.

وفي هذه القاعدة تنبيهات: أحدها: أن محلها اليد المقصود بها الاستيلاء لواضعها، أما التي يقصد بها واضعها الحفظ للمالك فلم يقصدها. وقد علم من ترجيح الرافعي والنووي أنه ليس لآحاد الناس انتزاع المغصوب وعلى هذا فمنتزعه غاصب، ولكن الذي نص عليه الشافعي رضي الله عنه أن لآحاد الناس انتزاع المغصوب وقال الشيخ الإمام الوالد رحمه الله: إنه الحق. والراجح عندي الفصل بين من ظهر منه أنه لو وجد سبيلاً إلى الرد لرد فلا ينتزع منه لئلا يكون المنتزع ناقلاً للعين من الضمان إلى الأمانة بلا نص.

فائدة: ومن لم يظهر منه ذلك فيجب الانتزاع وذكرت هذا التفصيل في التوشيح وقلت: إنه ينبغي تنزيل النص عليه.

التنبيه الثاني: محل القاعدة يد ترتبت، أما تصرف غير ذي اليد ممن هو كالآلة فلا يضمن إذ لا يد في الحقيقة، وذلك كمن رفع كتاب شخص من بين يديه قاصداً أن ينظره ويرده في الحال، فإنه لا يضمن. قاله القاضي الحسين وطرد الإمام ذلك في الدنانير المغصوبة التي تمر بأيدي النقاد، وليس من فعل هذا توكيل الغاصب لأن الوكيل منفرد باليد، والنقاد لا ينفرد باليد بل هو بلحاظ من الدافع فلا يد له البتة.

فإن قلت: قد قالوا فيمن غصب شاة وأمر قصاباً فذبحها جاهلاً بالحال، وكذا كل من استعان به الغاصب كطحن الحنطة وخبز العجين أن القرار على الغاصب، وفي هذا شاهد لما ذكرتم، غير أن تضمين هؤلاء ـ وإن لم يكن القرار عليهم ـ يرد على قولكم: أنهم كالآلة، ولما ذكر في النقاد، ومن رفع كتاباً.

قلت: قال الوالد رحمه الله الضمان ـ هنا ـ بطريق الجناية ـ لا بطريق الغصب فلا يرد البتة.

التنبيه الثالث: قولهم: «غاصب من الغاصب» فيه مناقشة لفظية، فإن الغاصب هو

المستولي على حق الغير عدواناً والآخذ من الغاصب لم يستول على حقه ولا تعدى عليه، وإنما هو غاصب من المالك باستيلائه على المال الذي كان عند الغاصب وليس بخصوص الأخذ من الغاصب مدخل في الغصب، وقد يبني على هذا أن الغاصب هل يخاصم؟ والمعروف أنه لا يخاصم سواء قلنا: يخاصم المرتهن والمستأجر أم لا إذ لا حق له البتة، وعن الماوردي أنه يخاصم، وأنا أميل إليه، ويشهد له أن للضامن حبس الأصيل إذا حبس - وإن لم يثبت له عليه علقه على وجـــه صححه الشيخ الإمام - ليرهقه إلى تخليصه، وهكذا الغاصب إذا كان مقصده إرهاق الآخـــذ منه إلى تخليصه ورأيت بعد ذكري لهذه المناقشة - في كتاب الأشراف للقاضي أبو سعد الهروي - حكايتهما.

التنبيه الرابع: قولكم ان المـالك. عنـد التلف يتخير بين مـطالبة الغـاصب، وغاصب الغاصب لم تبينوا حاله عند بقاء العين، وقد يفهم من هـذا الإطلاق أنـه لا يطالبهما إذا كانت العين باقية، وإنما يطالب من هي عنده، لانحصار حقه فيها، والذي يظهر أنه يطالب غاصب الغاصب بالعين ويطالب الغاصب بقيمة الحيلولة وهل يطالبه بنفس العين مع العلم بأنها ليست عنده، وأنه ليس له أن ينتزعها من غاصبه إذ لا حق له فيها ولا ولاية عليها.

فيه نظر واحتمال يجر إلى أنه إذا طالبه المالك بها هل يجعل مطالبته إياه بها إذناً له في مطالبة الغاصب منه، وهل يجعل هذا الإذن ناقلاً له - إذا قبضها - من حكم الضمان إلى الامانة، فلينظر في هذه الخواطر.

قاعدة: ذكرها الأصحاب ضابطاً للمكان الذي يضمن فيه الذي أثبت يده على يد الغاصب عن جهل: «من أثبت يده على يد الغاصب جاهلاً فإن دخل على أن يضمنه لم يرجع أو على أن لا يضمنه فإن لم يستوف مقابله كالمستودع من الغاصب فيرجع به والقرار على الغاصب، وفي وجه لا يطالب المودع أصلاً، وفي ثالث يستقر عليه الضمان وإن استوفاه، كأكل طعام مغصوب قدمه إليه الغاصب فقولان: أصحهما - وهو الجديد - أن القرار عليه لا على الغاصب إلا أن يقول الغاصب - مع التقديم هو لي، ثم يغرم المغصوب منه الغاصب، فإنه لا يرجع على الآكل خلافاً للمزني لأنه يقوله «هو لي» اعترف بأنه مظلوم، والمظلوم لا يرجع على غير من ظلمـه.

قاعدة: من صح تصرفه في شيء تدخله النيابة صحت وكالته فيه وعبارة التنبيه: «ومن لا يجوز».

مأخذ من مآخذ باب الوكالة. «هل الاعتبار بحال التوكيل أو بحال إنشاء التصرف، فيه خلاف يشبه الخلاف الذي قدمناه في أوائل القواعد في أنه «هل الاعتبار بحال التعليق أو بحال وجود الصفة؟ غير أنه لا تعليق فيما نحن فيه. وفيه مسائل:

منها: وكله بطلاق امرأة سينكحها، أو بيع عبد سيملكه، ففي صحته وجهان وعند ذكرهما أشار الرافعي إلى هذا المأخذ.

ومنها: وكل المحرم حلالاً في أن يقبل له نكاح امرأة فهل يصح ويقبل له بعد التحلل إن اعتبرنا حال التوكيل لم يصح في الأصح.

ومنها: إذا قال: وكلتك في مخاصمة كل خصم يحدث له وفيه وجهان حكاهما الماوردي.

ومنها: لو وكل الولي في التزويج قبل استئذان المرأة المعتبر إذنها.

قال صاحب التهذيب: لا يصح مع قوله ـ في التوكيل بطلاق زوجة سينكحها ـ «أنه يصح» وهذه منه مناقضة حاول ابن الرفعة الاعتذار عنها في المطلب في باب الوكالة بما يطول ذكره.

ومنها: لو وكله في طلاق امرأته فلم يطلقها حتى مرض الموكل فهل يكون كالطلاق في المرض فيه وجهان: قال صاحب الذخائر: «مآخذهما انه هل ينظر إلى وقت التوكيل أو الإيقاع؟

ومنها: قال: أعتقوا عني عبداً فكان هناك خنثى مشكل لم يجز إعتاقه [عنه][1] فإن زال إشكاله فوجهان في البيان.

فائدة: لا يفارق الصلح البيع إلا في مسائل: قال صاحب التلخيص هي اثنتان. وقال الغزالي [ثلاث][2] وهي أكثر.

منها: صلح الحطيطة لا يصح بلفظ البيع ويصح بلفظ الصلح على الأصح.

ومنها: قال ابن القاص: لو صالح أهل الحرب من أموالهم على شيء جاز ولو صالح مسلماً من ماله على [شيء][3] لم يجز.

ومنها قال ـ أيضاً ـ يجوز الصلح عن أرش الجناية لا بلفظ البيع وأنكره الشيخ

---

(١) سقط في «ب». (٢) في «ب» زيادة فقط. (٣) في «ب» على شيء مما يليه.

أبو علي وقال: إن كان معلوم القدر والصفة. جاز باللفظين وإلا امتنع بهما، وإن علم القدر دون الوصف ففيه خلاف.

وهو في الحقيقة منع لا تفصيل، وذلك لأن صاحب التلخيص إنما تكلم في معلوم القدر والصفة ومن ثم قال الشيخ الإمام: «من وقف على كلام صاحب التلخيص عرف أن كلام الشيخ أبي علي ليس تفصيلاً لما أجمله، بل إفادة لأحكام مسائل.

ومنها: قال البويطي - من قبل نفسه لا من عند الشافعي - «إذا وجب لرجل على رجل يمين، فافتدى منه بمال جاز ووافقه النووي وقال الوالد رحمه الله: يشهد له ما في البخاري في القسامة في الجاهلية وافتداء رجل يمينه ببعيرين.

قال: فإن صح ما قاله فهي صورة أخرى يستعمل فيها لفظ الصلح دون البيع لكن في الحاوي ما يخالفه.

قال الوالد رحمه الله: وهو الذي يظهر.

فائدة: قال الوالد رحمه الله: ما يبذل العوض بسببه إن كان مالاً، فهو البيع وإلا فالافتداء بحق كالخلع أو بباطل كفك الأسير وكل من البيع والافتداء إن جرى بعد منازعة سمي صلحاً وإلا فلا.

قاعدة: قال صاحب التنبيه: «من لا يجوز تصرفه لا يجوز توكيله ولا وكالته إلا الصبي المميز فإنه يصح وكالته في الإذن في دخول الدار وحمل الهدية».

قلت: أما التوكيل فقد ذكرت في التوشيح أنه يستثنى منه مسائل:

منها: . . . . .

فصل

وأما الوكالة فقد اقتصر الشيخ على استثناء الصبي [المميز][1] فيما [ذكرت][2] وبقيت مسائل بعضها في التوشيح.

منها: السفيه فإنه لا يقبل النكاح لنفسه - بلا إذن - ويقبل لغيره في الأصح.

ومنها: السفيه - أيضاً - فإنه يجوز أن يكون وكيلاً عن المرأة في اختلاعها من زوجها ويصح، وتبين إذا أضاف المال إليها، لأن الحجر على السفيه لدفع الضرر عنه ولا ضرر عليه في قبول هذا الخلع.

---

(١) سقط في «ب». (٢) في «ب» ذكر.

نقله الرافعي في الخلع عن صاحب التتمة. وقيد به قول صاحب التهذيب أن السفيه لا يتوكل عن المرأة في الخلع فقال: [هذا][1] فيما إذا أطلق لا فيما أضاف إليها وهو واضح ولا يخفى أنه لا يخالع عن نفسه فقد جاز كونه وكيلاً فيما لا يمكنه أن يتولاه عن نفسه.

ومنها: الكافر في شراء المسلم والمصحف لمسلم وكذا في طلاق المسلمة ذكرها الرافعي في الخلع. هذا كلامي في التوشيح وأشرت بما ذكره الرافعي ـ في الخلع ـ إلى قوله يجوز أن يكون وكيل الزوج والزوجة ـ يعني في الخلع ـ ذمياً لأن الذمي قد يخالع المسلمة ويطلقها، ألا ترى أنه لو أسلمت المرأة وتخلف الزوج فخالعها في العدة ثم أسلم يحكم بصحة الخلع. انتهى وتبعه عليه النووي وابن الرفعة والوالد رحمهم الله تعالى.

وقد يقال: قوله «ألا ترى» إلى آخره يدفع الاستثناء. فإن جعله إياه ممن يطلق المسلمة يدفع كونه لا يملك طلاقها، فإنه ـ حينئذٍ ما صار وكيلاً إلا فيما له ـ على الجملة ـ أن يفعله غير أنا نقول: توقف صحة الخلع إسلامه. تنبئك على أنه لا يصح مع كفره وقوله: «ذمياً» ليس للاحتراز عن الحربي ولو قال كافراً كان أحسن وبلفظ الكافر صرح الماوردي في الحاوي وعليه دل الشافعي وهو واضح.

ويستثنى أيضاً لو وكل حلال محرماً في أن يوكل حلالاً بالتزويج على الأصح عند الرافعي والنووي لكن الأصح عند الوالد رحمه الله خلافه وفيما لو توكلت المرأة في طلاق غيرها أو في أن توكل من يزوج.

أصل مستنبط: ما لا تدخله النيابة من التصرفات هل يكون التوكيل فيه فعلاً له يؤاخذ به الموكل فيه خلاف لا على الاطراد والعموم بل في صور:

منها: الأصح أنه لا يصح التوكيل في الإقرار فإن وكل ـ على هذا ـ لم يكن مقراً على الأصح.

ومنها: التوكيل بالحوالة لا يصح وهل يصير محيلاً بالتوكيل فيه وجهان قاله القاضي الحسين وخالف فيه صاحب التهذيب.

ومنها: المشهور صحة التوكيل في عقد الضمان وقال القاضي لا يجوز وهل يصير بذلك ضامناً فيه وجهان.

---

(١) سقط في «ب».

ومنها: يجوز التوكيل بعقد الوصية ومنعه القاضي الحسين، قال لأنها قربة قال: وهل يصير بذلك موصياً يحتمل وجهين.

فصل

يقرب من هذه النظائر - على العكس - القادر على رفع الشيء هل يكون جحوده إياه رفعاً له فيه خلاف في صور:

منها: لو جحد الوكيل كونه وكيلاً. فهل يكون رداً لها فيه أوجه أحدها: وهو ما أطلق الرافعي في باب النذر تصحيحه - ارتفاع الوكالة بالإنكار.

[قاعدة: اختلف الأصحاب في أنه «هل الاعتبار بحال التوكيل أو بمال إنشاء التصرف اختلافاً جعل بعضهم أصله من مسائل أصول الديانات أن التكليف هل يتوجه حال المباشرة أو قبلها؟ «وليس رد هذه القاعدة على هذا الأصل - عندي - بمرض، فأنا أسرد فروعها ليتبين ذلك فمن فروعها: لو وكله بطلاق زوجة سينكحها، ولو وكل المحرم حلالاً في قبول النكاح، هل يصلح ويقبل له بعد التحلل؟ ولو وكله في مخاصمة كل خصم يحدث له، [وهذه فيها وجه في الحاوي][(1)].

قاعدة: قال القاضي الحسين رحمه الله: «ما لا يستحق بالشفعة لا تستحق به الشفعة». وجعل هذا علة قولهم في أرض نصفها وقف ونصفها طلق أنه لا يثبت للموقوف [عليه][(2)] الشفعة وهو الصحيح وتبعه الرافعي فقال: «إن الوقف لا يستحق الشفعة فلا تستحق به الشفعة»، والأصح عند الوالد رحمه الله أن علة كون الموقوف عليه لا يملك الوقف على المذهب، فليس بشريك في الملك والشفعة إنما تثبت لشريك الملك، وهذه هي التي اختارها ابن الصباغ».

ولو قلنا: بأن الموقوف عليه يملك، فشرط الشفعة قبول القسمة، والوقف لا يفرز بالقسمة عن الملك على أشهر الوجهين.

وهنا تنبيهان: أحدهما: يتخرج على ما تعلق به الوالد من العلة وما تعلق به الرافعي وتبعه النووي إذا قلنا الموقوف عليه يملك، وقلنا بما اختاره النووي من أن الوقف يقسم عن الملك فالوالد يقول تثبت الشفعة حينئذٍ لانتفاء العلة والرافعي والنووي يقولان لا تثبت لما رجحاه من العلة فإن الوقف لا يؤخذ بالشفعة فلا يؤخذ به. وكذلك

---

(١) سقط من «أ» والمثبت من «ب».

(٢) في «ب» على.

إذا كانت داراً أثلاثاً، ثلثها وقف، وثلثاها لاثنين فباع أحدهما نصيبه هل يثبت للآخر الشفعة؟

قال الشيخ الإمام: ينبغي أن يقال بالجواز إن جوزنا القسمة لانتفاء العلة التي ذكرها القاضي، وبالمنع إن لم نجوز لعدم توقع الضرر بالمقاسمة [ولذلك][1] أطلق صاحب التنبيه وغيره أن ما ملك بشركة الوقف لا شفعة فيه.

التنبيه الثاني: هذه القاعدة ضعفها ابن الصباغ ونقضها ابن الرفعة بصاحب الجزء الكبير فإنه لا يأخذ الجزء الصغير ـ الذي لا ينقسم ـ منه، لعدم توقع القسمة ولا عكس ومن الغريب أن القاضي الحسين قال: بعد أن ذكر [هذه][2] القاعدة: «وعلى هذا نقول الجارية التي نصفها قن ونصفها أم ولد فإن استولدها معسر فوقفنا الاستيلاد على حصته لو أعتق صاحب النصف الذي هو أم ولد نصيبه لم يسر إلى ما هو قن، لأن صاحب النصف القن إذا أعتق نصيبه لم يسر إلى ما هو أم ولد منها: [كما][3] لا يسري إلى الغير.

قاعدة: ما يبذله الشفيع من الثمن للمشتري مقابل لما [يبذله][4] المشتري «على ما ذكر ابن أبي الدم أنه المفهوم من كلام الأصحاب وهو قول القفال، وقال القاضي الحسين: «إنه في مقابلة الشقص» فالمشتري عند القفال كأنه ناب عن الشفيع في الشراء أو أقرضه الثمن وأحوجه إلى هذا دلالة الحديث على أن الشريك أحق بالشفعة. فكأن الشفيع نازل منزلة المشتري قال ابن أبي الدم: «وهذا الخلاف ينبغي أن يكون قاعدة باب الشفعة» وعلى هذه القاعدة يتخرج مسائل:

منها: خيار المجلس للشفيع وجواز التصرف قبل القبض وأخذ ما لم يره والملك نقضاً للقاضي عند قوله تملكت وبالإشهاد ولخوف الزيادة والحط وانحطاط مقدار الأرش، وغير ذلك من مسائل كثيرة. من أهمها إذا كان الشفيع وارثاً، والبائع مريض وفي الثمن محاباة وقبض الشقص إذا كان عليه صفائح من ذهب، والثمن فضة ـ على ما تفقه ابن الرفعة، وإن كان المنقول اشتراط القبض فيه. والتصحيح مختلف في هذه الفروع لسبب يخص الفروع في نفسها.

---

(١) في «ب» كذلك.
(٢) سقط في «ب».
(٣) سقط في «ب».
(٤) في «ب» يعدله.

تنبيه: قال الوالد رحمه الله: مما يشكل على القفال في تقديره أن المشتري أقرض الشفيع الثمن أنه لو كان كذلك لكان الواجب ـ فيما إذا اشترى الشقص بمتقوم ـ المثل الصوري كالقرض، لا القيمة، فالأشبه على قاعدته أن يقدر أن الشفيع أتلفه عليه، وعلى قاعدة القاضي يجعل معياراً لا غير قلت: لا شك أن القفال يقدر كأنه أتلف، فإن الأصحاب صرحوا بأن المتقوم لا يؤخذ بالمثل الصوري ـ هنا ـ وإن أخذ في القرض كذلك. فقال صاحب التتمة: الشفيع لا يؤخذ بالمثل صورة، بخلاف ما قلناه في القرض على أحد القولين ـ لأن القرض مشروع للإرفاق فلو لم نوجب الجنس امتنع الناس عن القرض فيفوت الرفق المطلوب.

وأما الأخذ بالشفعة فسببه الإتلاف «والمقومات ـ عند الإتلاف ـ تضمن بالقيمة». انتهى.

وقال أعني صاحب التتمة بعد ذلك إذا استقرض شقصاً فالشفيع يأخذ الشقص بقيمته بلا خلاف لأن المستقرض يضمنه بالقيمة على المذهب الصحيح، وعلى القول الآخر يجب عليه رد المثل على سبيل الإرفاق والشفعة ملحقة بالإتلافات. انتهى.

وهذا الفرع نقله عنه الرافعي وهو بناءً منه على جواز قرض الشقص من دار وقد نقله [عنه][1] قبل ذلك، وصرح به أيضاً في كتاب التتمة قبل ذلك جازماً به وخرج من هذا أن للقفال أن يقول إنما يلزمه رد المثل صورة أن لو كان قرضاً حقيقياً وهذا ملحق بالقرض وليس هو إياه فلا يلزم.

قاعدة: قال القاضي حسين كل يد كانت يد ضمان وجب على صاحبها مؤنة الرد، وإن كانت يد أمانة فلا.

قلت: وأغرب أبو إسحاق العراقي شارح المهذب فزعم أن مؤنة رد المبيع بعد الفسخ بالعيب على المشتري ويستثنى من العكس الإجارة على ما صحح النووي في تصحيح التنبيه أنه يجب مؤونة ردها على المستأجر وهي أمانة، ومن الطرد إذا غصبها من ذمي على ما صححه الرافعي والنووي يجب ردها ثم في وجوب مؤونة الرد خلاف لكنهما صححا وجوبها.

---

(١) في «ب» زيادة الرافعي.

قواعد باب الإقرار

وخص بالتبويب لكثرة قواعده، وفيها ما هو منصوص أصل منصوص قال الشافعي رضي الله عنه أصل ما أبني عليه الإقرار أني لا ألزم إلا اليقين وأطرح الشك ولا أستعمل الغلبة.

وهذه العبارة المنصوصة أجود من كل العبارات الشارحة لها وأوضح، وأقصى ما ذكروا فيها أن مراده باليقين أعم من الظن الغالب وادعى ابن القاص استثناء مسألتين من هذا الأصل، واستثنى غيره غيرهما، ونحن نورد المستثنيات.

قاعدة: قال صاحب التلخيص: كل سكران يصح إقراره إلا اثنين.

أحدهما: المكره على الشرب.

والثاني: من ظن المسكر غير مسكر.

قال أصحابنا في ما حكاه القفال عنهم ونقله عنه صاحب البحر ساكتاً عليه هذا إذا ظن جنس المشروب غير مسكر أما من عرف أن جنسه مسكر ولكن ظن أن ذلك القدر لقلته لا يسكر فإقراره صحيح.

قلت: وهذا بعض ما في الرافعي وكتب المتأخرين، إذ الذي فيها أن من لم يعلم أن المشروب من جنس ما يسكر معذور، ومن لم يعلم أن المشروب من جنس المسكر أعم من أن يظنه غير مسكر أو يكون ساذج أقدم على شرب شيء مجهول ولا يلزم من مسامحة من ظنه غير مسكر مسامحة من لا ظن له البتة.

والذي اعتقده أن إطلاق الرافعي محمول على تقييد ما نقله القفال عن الأصحاب فلا يسامح إلا من ظن الجنس غير مسكر أما من لا ظن له أصلاً فحقه البحث ولا يسامح.

قاعدة: قال صاحب التلخيص ـ في باب الإقرار ـ ما نصه، «وإذا كان له على رجل في ذمته مال، فأقر به لغيره.

جاز في الحكم إلا في ثلاثة».

ـ إذا أقرت المرأة بصداق على زوجها.

ـ وإذا أقر الزوج بما خالع عليه امرأته.

ـ أو أقر بما وجب له من أرش الجناية عليه في بدنه. انتهى.

والعلة في ذلك أنه يختص بمن وجب له، ولا يجوز أن يثبت في الابتداء لغيره - بخلاف سائر الديون.

قلت: وكلام صاحب التلخيص - كما رأيت - صريح في أن محله الديون، فيقر بدين ثبت له في ذمة الغير. إلا في هذه المسائل، وعلى هذا جرى الجرجاني فقال - في المعاياة بعد ذكر هذه المسائل: - «هذا إذا قلنا لا يصح بيع الدين في الذمة، وأن الحوالة تفتقر إلى رضى المحال عليه، فإن قلنا يصح بيع الدين، وأن الحوالة تصح من غير رضا، فأقر به لغيره في هذه المسائل وعزاه إلى بيع أو حوالة، صح [وإذا][1] أطلق فعلى قولين - بناء على القولين فيمن أقر للحمل بمال غير منسوب إلى جهة» انتهى.

وما قاله «من تخريج ذلك على الإقرار بالدين - سبقه إليه إمام الحرمين وظن ابن أبي الدم أن الإمام تبع الجرجاني في ذلك، ويشبه أن يكون الأمر بالعكس، فإن الجرجاني - صاحب المعاياة - متأخر عن الإمام، وما ذكره من الجزم بالصحة فيما إذا أسنده إلى جهة حوالة أو بيع [صححناه][2] وحكاية القولين فيما إذا أطلق، وأنهما مبنيان على الإقرار المطلق للحمل، هو ما نقله الرافعي عنه، واقتصار الرافعي على نقله عن الجرجاني عجيب، فإن الأكثرين من الأصحاب ذكروه كما ذكر الجرجاني، والجرجاني متبع لهم، منهم القفال - في شرح التلخيص - وغيره.

نعم: بقيت مسألة مليحة، وهي [ما][3] إذا لم يطلق ولم يسند إلى جهة معينة، بل قال: صار ذلك إليه وقد صرح بها الماوردي، فقال: «يصح قوله: صار ذلك إليه في الصداق والخلع، ويكون في أرش الجناية على حالين، إن كان دراهم ودنانير، صح، وإن كان إبلاً، فلا».

واعلم: أن الراجح - فيما إذا أطلق الإقرار للحمل - الصحة، فيخرج من ذلك أن ما ذكره صاحب التلخيص لا يجيء إلا على الضعيف، فمن ثم حمل الأئمة ما ذكره - كما قال الرافعي - على ما إذا أقر بها عقيب ثبوتها، بحيث لا يحتمل جريان ناقل، ثم اعترض الرافعي ذلك. بأن سائر الديون - أيضاً - كذلك فلا ينتظم الاستثناء، بل الأعيان بهذه المثابة، حتى لو أعتق عبده ثم أقر له السيد أو غيره - عقيب الإعتاق - بعين أو دين، لم يصح، لأن أهلية الملك لم تثبت له إلا في الحال. ولم يجر بينهما ما يوجب المال.

---

(١) في «ب» ان.　　(٢) في «ب» ان صححناه.　　(٣) سقط في «ب»

قلت: ولي بحث مع الرافعي، ومع الأكثرين، ومع الأئمة.

فأقول: قول الرافعي رحمه الله: «سائر الديون كذلك» غير مسلم، لأن سائر الديون ممكن ثبوتها ابتداء للمقر له، بخلاف هذه الثلاثة، وكلام ابن القاص فيما لا يجوز أن يثبت في الابتداء لغير المقر، كذا فهمه القفال وغيره ـ من الأئمة ـ [عنه][1] ومن ثم أقول: جعل الأكثرين في هذه الديون الثلاثة إذا أطلق الإقرار بها على القولين فيمن أقر للحمل وأطلق، مستدرك من قبل أن لابن القاص أن يقول لا يلزم من صحة الإقرار المطلق للحمل، صحة الإقرار المطلق بهذه الديون، لأن الحمل يصح أن يثبت له ابتداء ما أقر به له بميراث ونحوه، وأما هذه الديون فلا يصح ثبوتها ـ ابتداء ـ لغير المقر، فقد يقال لا يصح الإقرار المطلق بها لأن الأصل عدم الناقل، ومجرد الاحتمال لا يصلح دفعاً لهذا الأصل، بخلاف الحمل فإن الاحتمال فيه أقوى لكونه يصح أن يثبت له ابتداء، فلسنا على ثقة من [أن][2] المقر له ثبت له ذلك ثم انتقل عنه بل جاز أن لا يكون ثبت له البتة. يكون الحكم به للمقر له مستنداً إلى احتمال الناقل وحده، ولست أدعي أن الصحيح عدم صحة الإقرار المطلق بهذه الديون، بل أقول: هو أولى بعدم الصحة من الإقرار للحمل ـ وإن اشتركا في الصحة.

وأقول ـ أيضاً ـ قد يقول ابن القاص بهذه التفرقة، فلا يصحح الإقرار المطلق لهذه الديون كما هو ظاهر كلامه، وإن صححه في الحمل.

وإذا عرفت هذا، عرفت أن حمل الأئمة كلامه على ما إذا أقر بها عقب ثبوتها بحيث لا يحتمل جريان ناقل، فيه نظر، لأنه ـ كما عرفناك ـ يقول: «وإن طال المدى بعد ثبوتها» فاحتمال الناقل فيها أضعف منه في الحمل.

فهذا تمام الكلام على قول الرافعي: «سائر الديون كذلك» وأما قوله: «بل الأعيان بهذه المثابة. . . .» إلى آخره، فهو ـ أيضاً ـ مبني على ما حمل الأئمة كلام ابن القاص [عليه، وقد قلنا: أن لابن القاص][3] أن يجري كلامه على إطلاقه، فلا يتعين حملهم، ولا تكون الأعيان بهذه المثابة نعم: قد يقال: كما لنا ديون لا يقر الإنسان بها لغيره، كذلك لنا أعيان بهذه المثابة، وهذا إلحاق وزيادة، لا إيراد، وكان ـ حينئذٍ ـ ذكر ما ألحقه الماوردي بهذه الصور أولى إذ ألحق بهذه الصور الثلاث ما إذا أقر مالك البهيمة

---

(١) سقط في «ب».
(٢) سقط من «أ» والمثبت من «ب».
(٣) سقط من «ب».

بحلها لغيره قال: ولو قال في هذه الصور: «صار ذلك إليه» لم يصح أيضاً، فإن أراد الماوردي الاعتراض على ابن القاص، فليس بجيد، لأن كلامه في الديون لا في الأعيان، وإن أراد إلحاق العين بالدين فهي فائدة جديدة ـ لا تعلق لها بابن القاص، ثم لك أن تقول: يصح ثبوت الحمل ابتداء للغير كحامل أو وصي مالكها بحملها لزيد ثم مات، وقبل الموصى له الوصية، فالوارث المالك [الحمل][1] يقر بالحمل لزيد وهو مالك بهيمة صح إقراره بحملها لغيره، والحمل لم يثبت له ابتداء.

فإن قلت :هب أنه لم يثبت [له][2] ابتداء، إلا أنه ـ أيضاً ـ لم يثبت للمقر له ابتداء، بل للميت الموصي، وتنزيل وارثه منزلته، أولى من تنزيل الموصى له فإما أن نقدر أنه ثبت للوارث ثم انتقل عنه، فيتجه كلام الماوردي، وإما أن لا نقدر ذلك، فلا يصح الاعتراض ـ أيضاً ـ لعدم [صحة][3] ثبوته للمقر ابتداء.

قلت: نفرض ذلك في رجل أوصى بما ستحمله هذه الجارية فإن الصحيح صحته فإذا حملت، وأقر به الوارث للموصى له، فقد أقر بما يثبت للمقر له ابتداء، فلا يتأتى كلام الماوردي في هذه الصورة، ولا ينبغي أن نورد على ابن القاص إلا دين ـ غير هذه الصور الثلاث ـ لا يمكن ثبوته ابتداء للمقر.

وقد خطرت لي صورة، وهي الفقراء إذا انحصروا في بلد، ووجبت الزكاة في مال بعض أهل البلد، وفرعنا على القول بتعليقها بالذمة، فإنهم إذا أقروا بذلك القدر الواجب لمن ليس من أهل الزكاة، فقد أقروا بما لا يصح ثبوته ابتداء للغير، فينبغي ـ على قول ابن القاص ـ أن لا يصح، بل قد يقال بذلك على كل الأقوال، لأن الذمة ليست خلوا ـ وإن قلنا ـ بتعلق الشركة أو الرهن.

وصورة ثانية: وهي الحر المؤجر نفسه إذا أقر بما له من الأجرة في ذمة المستأجر، إلا أنه قد يقال: جاز أن يكون المقر له استأجر نفس هذا الحر قبل أن يستأجره المستأجر الثاني، وأذن له أن يؤجر نفسه عنه، فأجر نفسه عنه، فالأجرة ثابتة للمستأجر الأول، والحر واسطة، فلم يمتنع ثبوت المقر به للغير.

فائدة: كثيراً ما يقع أن شخصاً يقر بأنه لا حق له في هذا الوقف، أو أن زيداً هو المستحق دونه، ويخرج شرط الواقف مكذباً للمقر، ومقتضياً لاستحقاقه، فيظن بعض

---

(١) سقط من «أ» والمثبت من «ب».
(٢) سقط من «ب».
(٣) سقط من «ب».

الأغبياء أن المقر يؤاخذ بإقراره والصواب أنه لا يؤاخذ، سواء علم شرط الواقف، وكذب في إقراره، [أو][1] لم يعلم، فإن ثبوت هذا الحق له لا ينتقل بكذبه [والله أعلم][2].

قاعدة: قال الشيخ الإمام رحمه الله في شرح المنهاج: «ما لا يدخل في البيع لا يدخل في الإقرار، وما يدخل في البيع يدخل في الإقرار إلا الثمار غير المؤبرة فإنها على الصحيح ـ تدخل في البيع ـ ولا تدخل في الإقرار.

قلت: وإلا خاتم فيه فص، فإنه يدخل في البيع وفي الإقرار.

ظاهر نص الشافعي ـ وهو الأصح عند البغوي ـ لا يدخل الفص.

مسائل أخرى فيها كثيرة.

واعلم أن التعبير عن هذه القاعدة بهذه العبارة هو الصواب، وعبر بعض الأصحاب بعبارة أخرى مدخولة، وقد بين الوالد ـ رحمه الله ـ ذلك في شرح المنهاج.

وذكر الرافعي ـ بعدما رأى انتشار المسائل ـ أن الضابط «أن ما لا يتبع [في][3] البيع ولا يتناوله الاسم فهو غير داخل، وما يتبع ويتناوله الاسم فهو داخل وما يتبع ولا يتناوله الاسم فوجهان.

وقصد بهذا القسم الأخير ـ الثمار غير المؤبرة.

قال الوالد رحمه الله: ولكنه يرد عليه ثياب العبيد، فإنها لا يتناولها الاسم وفي دخولها في البيع خلاف، ولا نعرف أحداً قال بدخولها في الإقـرار من جهة التبعية، نعم في دخولها فيه خلاف من جهة اليد قال: ولا جرم أن الإمام قيد الضابط المذكور بأن تكون العين التي لا يتناولها الاسم متصلة بما يتناوله الاسم، وثياب العبيد منفصلة عنه.

وأورد ابن الرفعة على الرافعي ما حكى ابن سريج أنه إذا أقر لرجل بجارية، [وكان لها ولد يحكم له] بالجارية، وهل يحكم لها بـولدها: وجهان. قال الشيخ الإمام رحمه الله: «وقد يجاب عن هذا بأنه ليس لأجل التبعية في الإقرار بل لأن ملك الأم يقتضي ملك الولد حتى يثبت خلافه. . . .».

قاعدة: قال القاضي أبو سعد: ضمني كل إقرار مثل صريحه، واستشهد بمسألتين:

---

(١) في «ب» أم. (٢) سقط في «ب». (٣) سقط في «ب».

إحداهما: قال الزوج: أخبرتني الرجعية بانقضاء عدتها ـ وهي لم تدع ذلك ـ فرجعتها، صحت المراجعة، ولأن الخبر ينقسم إلى صدق وكذب ولم يعين خبرها في جانب الصدق إذا لم يصدقها في ذلك، فصار كما لو صرح بأنها أقرت كاذبة، فإن ادعت انقضاءها وكذبها وراجعها في تلك الساعة ـ قبل تحليفها ـ فإن حلفت تبين بطلان الرجعة، وإن نكلت وحلف هو، تبين صحة الرجعة على ظاهر المذهب. انتهى ملخصاً، وفيه كلامان:

أحدهما، أنه لم يتبين لي صحة الاستشهاد منه، فإن قوله: «أخبرتني بقضاء العدة، إذا لم يتضمن التصديق، لا يتضمن التكذيب، وإنما اقتضى التكذيب مراجعته إياها بعد ذلك، ومراجعته ليست إقراراً، بل هي إنشاء الرجعة.

ولو جعل هذه المسألة مستثناة من القاعدة، لكان متجهاً، ووجهه أن اعترافه بإخبارها بانقضاء العدة يتضمن أن لا رجعة له لأنه اعترف بإقرارها بما جعلها الشارع مؤتمنة عليه، لكنا جعلنا له الرجعة، فلم يعط ضمني الإقرار حكم صريحه.

والثاني: أن حكم المسألة فيه إشكال، ونقلها فيه إشكال، وبيان إشكال الحكم ما ذكرناه من أن الخبر وإن لم يستلزم الصدق لكن اعترافه بأنها أخبرت اعتراف بأن لا رجعة له، وليس له عليها غير اليمين على ما ائتمنها عليه الشارع، فكيف نمكنه من الرجعة.

ولعل صورة المسألة: أن تكذبه في أنها أخبرته، أو أن تقول: أخبرته ولكني كنت كاذبة، . والواقع أن عدتي لم تنقض.

وعلى هذا الوجه: نقل المسألة الرافعي في آخر باب الرجعة ـ فقال وعن نصه ـ في الأم ـ لو قال: أخبرتني بانقضاء العدة، ثم راجعها مكذباً لها، فقالت ـ بعد ذلك ـ ما كانت عدتي منقضية، وكذبت نفسها، فالرجعة صحيحة، لأنه لم يقر بانقضاء العدة، وإنما أخبر عنها. انتهى.

وكشفت عن هذا النص، فوجدت ـ في مبسوط البيهقي ـ ولو طلق امرأته ثم قال: أعلمتني بأن عدتها قد انقضت [**ثم راجعها ، لم يكن هذا إقراراً بأن عدتها قد**

انقضت][1] لأنها قد تكذبه فيما أعلمته، وتثبت الرجعة إذا قالت المرأة، لم تنقض عدتي، وفي رواية البويطي وقد قيل ولا رجعة له، لإقراره بانقضاء العدة. انتهى.

وعزاه إلى الجديد، وفيه تأييد لنقل الرافعي، لتقييده ثبوت الرجعة بما إذا قالت المرأة: «لم تنقض عدتي، غير أن لفظه ـ كما رأيت ـ أعلمتني، لا أخبرتني، وما أرى أن مراده بالإعلام إلا الإخبار، فهما سواء، ولو أراد حقيقة الإعلام ـ وهو تحصيل العلم الذي هو الاعتقاد الجازم المطابق ـ لما أثبت له الرجعة بعد ذلك بحال لا[2] يكون قد صدقها في انقضاء العدة، فلا يسمع بعد ذلك منه ـ أنها لم تنقض وإن وافقته المرأة.

يدل عليه نص الشافعي رضي الله عنه عقب ـ هذا، إذ قال البيهقي: «وقال الشافعي رضي الله عنه في الكتاب» وإن قال: قد انقضت عدتها، وقالت هي: انقضت، ثم قالت: كذبت، لم يكن له عليها رجعة، لأنه أقر بانقضاء عدتها، وكذلك لو صدقها بانقضاء العدة ثم كذبها، لم يكن له عليها رجعة. انتهى.

ثم قال القاضي أبو سعد:

والمسألة الثانية: مسلم تحته مسلمة وكتابية بالنكاح، فقال للمسلمة: ارتديت وللكتابية أسلمت، وأنكرتا جميعاً، بطل نكاحهما، لزعمه أن الكتابية ارتدت بإنكارها الإسلام، وضمني الإقرار[3].

قلت: وصورة المسألة أن يكون ذلك قبل الدخول، وقد نقل الرافعي الفرع قبيل كتاب الصداق عن فتاوى البغوي، وهو شاهد جيد، وفي ظني أن الشواهد على هذه القاعدة كثيرة، وينبغي أن يقال ضمني كل إقرار معتبر مثل صحيحه وأما الإقرار الذي لم يعتبر فهل يثبت ما تضمنه، فيه نظر، وذلك كما إذا أقر بطلاقها واحدة وارتجعها، وادعت أنه طلقها ثلاثاً، ثم اعترفت بصدقه وكذبت نفسها، فقد نص الشافعي، رضي الله عنه على أنها يحل [بها][4] الاجتماع معه نقله ابن الرفعة في المطلب عن الماوردي في آخر باب الرجعة ـ فإذا مات هذا الزوج، فالأقرب ـ على ما ذكره الشيخ الإمام الوالد رحمه الله في فتاويه أنها ترثه، وإن كان قد سبق منها الاعتراف بأنه أبانها ثلاثاً، لأن ذلك الاعتراف لم يعتبر، بل ألغاه الشارع.

---

(١) سقط في «ب».

(٢) في «ب» لأنه.

(٣) وفي «ب» وضمني الإقرار لصريحه.

(٤) في «ب» لها.

بل قال الشيخ الإمام: «فيما لو طلقها طلقة خلعاً، وادعت هي أنها ثالثة ـ تحتاج إلى محلل ـ ثم رجعت عن ذلك وزوجت منه بغير محلل، أن الأقرب ثبوت الزوجية والميراث» ذكره ـ أيضاً ـ في الفتاوى.

وكذلك لو كان له على رجل ألف، فقال اشتريت منك دارك بتلك الألف وقبضته وأنكر من عليه وحلف، يجوز له مطالبته بالألف، ولا مبالاة بما تضمنته دعواه من صدور عقد الشراء والقبض، لأن العوض لم يسلم له، وهو بخلاف ما إذا قالت: اختلعت نفسي منك على صداقي فخالعتني، وأنكر، فلا رجوع لها بالصداق، لأن الفرقة التي حصلت بالخلع لا ترتفع بزعمها ـ ذكره البغوي في الفتاوى وأطال في الفرق ـ وذكر بعده بقليل «أنها إذا قالت: خالعتني على الصداق، فأنكر، فالقول قوله بيمينه ثم للمرأة مطالبته بالصداق» انتهى.

وكان صورة الأولى أن تقول: التمست منك الخلع على الصداق فأجبت التماسي، وحصلت لي[1] البينونة، والانطلاق من حبالك، فينكر، فلا طلبة لها بالصداق ـ لأنها ـ فيما تزعم ـ قد حصلت على غرضها.

وصورة الثانية: أن يقول التمست مني فأجبتك إلى الصداق، فتنكر، فلها صداق، لأنها لم تعترف بحصول القصد من الانطلاق من حبالاته وفي القاعدة ـ كيف صورتها ـ مسائل:

منها: لو قال: عقدنا بشهادة فاسقين فأنكرت فلا يقبل قوله بالنسبة إلى إسقاط المهر ولا خلاف أنه لا يرثها إذا ماتت لأن قوله عقدنا بفاسقين يتضمن ذلك.

ومنها: ما ذكره أبو سعد الهروي في هذا الكتاب لو قال طلقتها من سنة قبل قوله بالنسبة إلى الطلاق دون إسقاط النفقة والكسوة. وكان ينبغي له أن يستشهد على هذه القاعدة بهذا الفرع، فإن قوله طلقها من سنة ـ إقرار بطلاقها، يتضمن الإقرار بأن لا نفقة ولا كسوة، فهو كصريح قوله: لا نفقة علي ولا كسوة، ثم ذلك لا يقبل منه لو صرح به فكذلك إذا جاء ضمنياً، وقد نازعناه في حكم هذا الفرع بحثاً في قاعدة ـ «من كان القول قوله في شيء، كان القول قوله في صفة ذلك الشيء ـ» المتقدمة في أوائل البيع،

---

(١) في «ب» زيادة منك.

غير أن قول الأصحاب فيما إذا قال: «عقدنا بشهادة فاسقين» لا يقبل قوله بالنسبة إلى إسقاط المهر، ليشهد له، ولذلك مسائل كثيرة.

قاعدة: قال أبو عاصم: «كل قول في عقد إيجاب أو إقرار، إذا عقب[1] بالتخصيص من الاستثناء ونحوه صح إلا إذا قال: يا زانية طلقتك إن شاء الله - [**يكمل من الاشراف للهروي ويحرر**][2].

قاعدة: قال الدبيلي[3] - في أدب القضاء - إذا أقر بشيء[4]، صريحاً، ثم أنكر ما صرح به، أو أثبت خلافه بالبينة، لا يقبل، وإن أطلق ثم ادعى صفة توجب[5] بطلان ذلك المطلق - من بيع أو نكاح ونحوه - لم تقبل دعواه بمجردها ولكن ببينة».

ولك أن تختصر هذه العبارة فتقول: «إذا أقر بالشيء صريحاً ثم أنكره لم يقبل - وإن أقام [عليه][6] بينة - [وإن أقر به مطلقاً ثم ادعى قيداً يبطل الإطلاق، لم يقبل إلا ببينة».

مثاله: أحال بدين، ثم قال: لم تصح الحوالة، لأنها كانت عن بيع فاسد، لم يقبل منه، ولو أقام بينة بذلك، قبلت، وبطلت الحوالة، لأنه لم يعترف - أولاً: بصحة البيع، بل أثبت فساد أصل الحوالة، فلم يكذب اعترافه ببينة، فالبينة - في الحوالة - إنما كانت في اختلاف الصفات، لا في نفي الأصل.

بخلاف ما لو اعترف بصحة الحوالة، ثم ادعى فسادها، لا يقبل - وإن أقام البينة][7].

ولو طلق امرأته ثلاثاً، ثم قال: لم يقع لأن العقد كان فاسداً، وأقام بينة بالمفسد،

---

(١) في «ب» عقد.

(٢) سقط في «ب».

(٣) علي بن أحمد أبو الحسن الدبيلي صاحب أدب القضاء أكثر ابن الرفعة النقل عنه ويعبر عنه بالزبيلي بفتح الزاي ثم باء موحدة مكسورة، قال السبكي: إنه الذي اشتهر على الألسنة قال الأذرعي: الصواب دبيلي ومن قال الزبيلي فقد صحف. ابن قاضي شهبة ١ / ٢٦٨، ابن السبكي ٣ / ٢٩٠، هداية العارفين ١ / ٦٨٠.

(٤) في «ب» بالشيء.

(٥) في «ب» البطلان.

(٦) سقط في «ب».

(٧) من قوله وإن أقر به مطلقاً إلى وإن أقام البينة سقط في «ب».

فإن كان قد أقر ـ قبل الطلاق ـ بصحة النكاح، لم تسمع دعواه، ولا بينته، وإلا سمعنا، لأنه إذا ادعى الزوجية، فإقامة البينة ـ بعدم الولي أو غيره ـ من المفسدات، لا يكذب ما سبق، بل يثبت، وصفاً آخر يلزم منه الفساد، وصار كما لو أقر أن في ذمته ـ لفلان ـ قفيز حنطة سلماً ووصفه وذكر محل تسليمه، ثم قال: كان سلماً باطلاً، لأن الثمن كان ديناً في ذمتي، فجعله رأس مال السلم، فإن [كان][1] ذلك، لا يقبل، لأنه يطلب إبطال عقد السلم الذي أقر بصحته، فلو أقام بينة بذلك، قبلت، لأنها لم تناقض ما ذكره، بل زادت وصفاً.

هذا كلام الدبيلي، وقد زاد الإمام هذه القاعدة بياناً، فقال: «من أقر صريحاً بما جاز استناده إلى يقين ثم رجع، لم يقبل رجوعه، وكذا إذا لم يتصور استناده إلى يقين إذا كان ابتداء من غير خصومة، وإن كان في أثناء خصومة، ففي مؤاخذته خلاف».

واحترزنا بقولنا: «صريحاً» عن بائع يدعي ـ بعد البيع ـ أن المبيع موقوف فالمنصوص سماع دعواه وبينته ـ وهو المحكي في باب الدعاوي من الروضة عن حكاية القفال عن العراقيين ـ وقد نصره الشيخ الإمام في شرح المنهاج قبيل باب الشركة وقال: ليس الإقدام على العقود كالإقرار الصريح، لأن الإنسان قد يعقد بأدنى ظن، ولا يقر إلا بظن قوي[2]، فليس الفعل في رتبة صريح القول.

قال: «وقد رأيت ـ من الحكام وأكابر الفقهاء ـ من[3] يغلط في ذلك ويلزم الناس بمقتضى عقود تقع منهم ـ مع غلبة الظن وصدقهم وعذرهم ولم يقم على ذلك دليل من كتاب ولا سنة ولا قياس» انتهى.

قلت: ويؤيده ما قاله الروياني ـ فيمن باع شيئاً، ثم ادعى أنه لم يكن ملكه: أنه إن لم يقل ـ عند البيع ـ هو ملكي، بل اقتصر على البيع سمعت دعواه» وعزاه إلى النص.

قلت: ورأيت الشيخ أبا حامد نقله عن الشافعي رضي الله عنه في كتاب الغصب فقال: «قال الشافعي رضي الله عنه»: إن كان ذكر ـ حين البيع ـ أنه ملكه وجرى ذلك في عرض كلامه، لم تسمع بينته، وإلا[4] سمعت لأن مجرد البيع ليس تكذيباً لبينته، لأنه قد يبيع ملكه وملك غيره».

---

(١) سقط في «ب».

(٢) سقط في «ب».

(٣) سقط في «أ» والمثبت من «ب».

(٤) في «أ» ولا.

وهنا مسائل:

منها: باع عبداً وأحال بثمنه، ثم اتفق المتبايعان والمحتال في[1] حريته أو ثبتت ببينة:

قال البغوي والروياني: «لا يتصور أن يقيم المتبايعان البينة، لأنهما كذباها بعقد البيع». واعتمده النووي في باب الحوالة من الروضة وهو يخالف ما ذكره في الدعاوى.

ومنها: اثنان على كل منهما خمسة، ضمن كل منهما الآخر، ثم أدى أحدهما خمسة، واختلف هو ورب الدين ـ هل هي عن الضمان أو الأصالة فالقول قول المؤدي، ثم قيل، لا يطالبه بالضمان، لأنه يناقض قوله الأول، والأصح يطالبه، ثم له توجيهان.

أحدهما: أن صاحب الدين يقول: بتقدير الصدق عليك خمسة الأصالة، وبتقدير عدمه خمسة الضمان، فالخمسة ثابتة على التقديرين.

والثاني: أنه بنى على خيال انكشف له، فلا يبطل حقه كما لو ادعى أن ما اشتراه مغصوب، فقال: هو ملكي وملك من اشتريت منه، فأقيمت البينة، فإنه يرجع على البائع بالثمن على الأصح ـ إن كان قد اعترف له بملكه ـ لكونه بناه على ظاهر، وصح ـ بالبينة ـ خلافه.

ومنها: مسألة الغصب هذه.

ومنها: ادعى على زيد، وعلى غائب ألفاً من ثمن مبيع مقبوض ونحوه، وأن كلا منهما ضمن ما على الآخر وأقام بينة، وأخذ الألف من زيد. نص أنه يرجع على الغائب بنصف الألف، قال الجمهور: «هذا إذا لم يكن من زيد تكذيب البينة، وإلا فلا يرجع» وهذا هو الأصل، وقال ابن خيران: «يرجع» وقال الإمام: «إن دام على الإنكار فلا».

ومنها: إذا ادعى الضامن الأداء ولم يقم بينة، وحلف رب المال أنه لم يؤد، بقيت مطالبته بحالها، فإن أخذ، فقيل: لا يرجع، والأصح أنه يرجع، وهل يرجع بالمغروم أولاً: لأنه مظلوم بالثاني، أو بالثاني، لأنه المسقط للمطالبة؟ وجهان، قال النووي ينبغي أن يرجع بأولهما.

---

(١) في «ب» على.

ومنها: إذا قال: لا بينة لي حاضرة ولا غائبة، أو كل بينة أقمتها فهي زور، ثم جاء ببينة، سمعت في الأصح.

ومنها: إذا قال الضامن للمضمون له أبرأت الأصيل فحلف وغرم الضامن، فله مطالبة الأصيل، في الأصح وكذا لو قال: كنت أبرأته قبل ضماني ويجري الوجهان في كل دعوى محتملة يناقضها عقد سابق.

ومنها: غصب[1] العين المستأجرة، ثم أقر بها المكري للغاصب من المستأجر الآخر، ففي قبول إقراره في الرقبة قولان، فإن قبلنا، ففي بطلان حق مستأجر أوجه، يفرق - في الثالث - بين كون المال في يد المكري أو المقر له، ولا ينزع من هو في يده، والأظهر - من الخلاف أنه يقبل إقراره في الرقبة دون المنفعة.

ومنها: قال البغوي - في الفتاوى: «لو قالت أنا موطوءة أبيك لم يقبل قولها - إن كان بعد التمكين أو زوجت منه بإذنها- فلو خالعها ثم أراد نكاحها لم يجز، لأن نكاحها يكون بإذنها، ولا يجوز لها أن تأذن. بعد الإقرار - بأنها موطوءة الأب انتهى. وهي مسألة حسنة.

ومنها: قال: لا حق لي على فلان، ثم أقام بينة بحق، ففي قبولها وجهان - حكاهما شريح الروياني في أدب القضاء عن جده.

ومنها: قال لا حق لي في هذا العبد، ثم أقام بينة على الشراء، قال العبادي: «لا يقبل حتى يقول: إنه اشتراه منه بعد الإقرار»، وقال شريح - في أدب القضاء: «وعندي أنها تقبل إذا كان بعد احتمال تلقي الملك منه».

ومنها: إذا اعترف بعدم الدافع، ثم جاء بدافع، يسمع.

ومنها: إذا قال: اشتريته بمائة، ثم قال: بل بمائة وعشرة، ولم يبين - للغلط - وجهاً محتملاً، والمسألة مشهورة.

ومنها: إذا طلق امرأته ثانية، فقالت: هي ثالثة، فكذبها، أو كذبت هي نفسها وزوجت منه بغير محلل، ثم مات عنها وطلبت ميراثها منه، فبين ابن الرفعة والشيخ الإمام نزاع طويل في المسألة مذكور في فتاوى الشيخ الإمام، وفيها نص الشافعي رضي الله عنه، قال الشيخ الإمام: والأقرب ثبوت الزوجية والميراث.

---

(١) في «ب» غصبت.

ومنها: وهو ما تعم به البلوى ـ يعترف بأنه لا حق له في هذا الوقف ثم يتبين ـ بعد تأمل شرائط الوقف أو غيره ـ أنه مستحق، فلا شك عندي في أنه لا يؤاخذ باعترافه السابق، ويشهد له ما تقدم من الفروع، بل هو أوضح منها فإن الشروط ومدلول ألفاظ الواقفين تخفى كثيراً على العلماء، فضلاً عن غيرهم وهو كمن يعترف ببنوة شخص ـ مع احتمال السن ـ فإن تكذيب الحس والشرع سواء في دفع الإقرار، وجعله لغواً.

ومنها: لو ادعى على شخص أنه منفرد بالقتل ثم على آخر أنه شريك فيه أو منفرد به، لم تسمع الدعوى الثانية، غير أن الثاني لو صدقه في دعواه، فالأصح يؤاخذ به، لأن الحق لا يعدوهما.

ومنها: لو ادعى القتل على رجل، وأقسم عليه، وأخذ المال، فجاء آخر وقال: إن المأخوذ منه المال مظلوم، فإني أنا القاتل، فإن لم يصدقه الوارث لم يقبل، وإن صدقه فعليه رد ما أخذ، وهل الدعوى على الثاني؟ لا، ربما بنى الدعوى الأولى على ظن حصل له زال عنه بإقرار الثاني، وتجدد له يقين أو ظن ـ أقوى من الأول ـ أن الثاني هو القاتل، أو ليس له الدعوى عليه لأن الدعوى على الأول اعتراف ببراءة غيره؟ في المسألة قولان.

ومنها: إذا تزوجت ثم ادعت [أن][1] بينها وبين الزوج محرمية، فإن تزوجت برضاها، لم يقبل، لتضمن إذنها حلها، لكن إن ذكرت عذراً لغلط أو نسيان سمعت دعواها على المذهب.

ومنها: أنكر الوديعة فقامت عليه بينة بها فقال: أودعني ولكن تلفت أو رددتها، فأظهر الوجهين سماع بينته على تلفها.

قال الرافعي: «وينبغي أن نفرق بين أن نبين للغلط وجهاً محتملاً أو لا ـ كما قيل في ألفاظ المرابحة» قال ابن الرفعة: «والفرق من وجهين، أحدهما أن ما ادعاه المودع ثانياً ـ وإن خالف قوله أولاً: ما أودعتني، فرب المال يوافقه، والحق لا يعدوهما، فإذا صدقه، سلمت البينة من التكذيب، فعمل بموجب قولها في الرد والتلف، ولا كذلك في مسألة المرابحة، فإن القول الثاني المخالف للقول الأول لم يصدقه الخصم عليه، ولو صدقه عليه لألزم بموجبه من غير بينة.

(١) سقط من «أ» والمثبت في «ب».

والثاني: أن المقر به في المرابحة إثبات بينة إلى محسوس، يقوي المرتب عليه لبعد خلافه، وما ذكره في مسألة الوديعة نفي محض ـ يجوز أن يكون مستنداً إلى العدم الأصلي وتكون البينة حاصلة، ويجوز خلافه فضعف المرتب عليه فلم يؤثر».

ومنها: لو تزوج امرأة ثم اعترف الزوج بفسق الشاهدين، وأنكرت المرأة فرق بينهما، وهل الفرقة طلاق أو فسخ، فيه وجهان.

قال ابن الرفعة: «وينبغي ـ إذا كان بعد الدخول ـ أن لا يقبل قوله كما قلنا فيما إذا ادعت المرأة أن بينهما رضاعاً محرماً بعد التزويج، وكانت مجبرة، بل مقتضى قولهم، أنها إذا كانت قد تزوجت بإذنها أن لا يقبل قولها في التحريم بالرضاع ونحوه أن لا يقبل قول الزوج في ذلك إذا كان قد قبل نكاحها بنفسه.

قلت: وفيه نظر، فإن النكاح حق الزوج، فقبل قوله في إسقاطه، وإن تبع إسقاطه كون ذلك فسخاً ـ على وجه، وفارق المرأة لا يقبل.

منها: إذا تقدم منها ما يقتضي الاعتراف، لأنه حق الزوج عليها وقد اعترفت به فلا يقبل منها ما يقتضي سقوطه.

ومنها: قال القفال في فتاويه: «إذا رأينا ضيعة في يد رجل يدعي أنها وقف عليه، ولا تصير وقفاً، ونقرها في يده، لحق اليد لا لقوله: ـ هذا وقف ـ لأنها لا تصير وقفاً بذلك، لأن الإنسان لا يقدر أن يقف على نفسه، فلو أراد بيعها فله ذلك، بخلاف ما لو قال وقفها علي فلان فإنه لا يجوز له بيعها.

قلت: وما ذكره من جواز البيع مشكل، ثم فيه تأييد لفتوى ابن الصلاح فيمن أقر بملك في يده أنه وقف عليه ثم على جهات أنه لا يثبت الوقف بذلك لكن لا يلزم من عدم الثبوت عدم المؤاخذة بالإقرار، فهذا مشكل، والذي ينبغي أن يؤاخذ بمقتضى اعترافه توقيفها، نعم له فيما بينه وبين الله تعالى ـ إذا كان يعرف كذب نفسه ـ أن يقدم على بيعها.

وأما مسألة الوديعة، فقد يقال: لا يمنع من الإقدام على ما اعترف بأنه وديعة، لإمكان إذن له من المودع، والقول قول متعاطي العقود كما رأينا عيناً في يد شخص يعترف أنها لغيره، ويدعي أنه وكيل في بيعها فإنه يجوز شراؤها منه ـ وإن لم تثبت وكالته ـ فالأمر في مسألة الوديعة يمكن أن تكون على ما قال القفال، بخلاف مسألة الوقف، فإن قوله فيها لا يظهر.

تنبيه: قد يعبر عن هذه القاعدة بغير هذه العبارة، فيقال: من ذكر لفظاً ظاهراً في الدلالة على شيء ثم تأوله، لم يقبل تأويله في الظاهر.

وهذه عبارة شيخ الإسلام ـ عز الدين بن عبد السلام ـ رحمه الله تعالى وقال: إنه يستثنى منها صور يكون إقراره فيها مثبتاً.

أصل: ذكره القاضي أبو عاصم «من باشر عقداً أو باشره عنه من له ذلك، ثم ادعى ما ينقضه، لم يقبل» كمن باع عبداً من إنسان ثم قال: لم يكن ملكي أو طلق امرأة ثلاثاً بمشهد الحاكم، ثم أراد أن يتزوجها بولاية الحاكم فامتنع الحاكم، لإيقاعه الثلاث بين يديه فقال المطلق: لم يكن الطلاق وقفاً: لأنها لم تكن زوجتي، لأنه أراد إلغاء عقد وقع بإنشائه ـ وهو عند التطليق.

قلت: أما من باع عبداً ثم قال: لم يكن ملكي ـ فهي المسألة التي قدمناها فيمن باع شيئاً ثم قال: لم يكن ملكي عن الروياني، وهذه القاعدة نظير القاعدة المتقدمة عن الدبيلي، وقد أطلنا القول فيها، غير أن تلك فيمن أقر لفظاً، وهذه فيمن أقر فعلاً.

وقد قال القاضي أبو عاصم: إن هذه تطرد في جميع المسائل إلا في مسألتين:

إحداهما: رهن عبداً ثم ادعى أنه باعه قبل الرهن، أو أعتقه أو وقفه أو لم يكن مملوكاً لي، بل كنت غصبته من زيد، ففيه قولان: أحدهما: لا يقبل لمناقضته، فصار كما إذا باع عبداً ثم قال: كنت أعتقته أو وقفته. والثاني: يقبل، لأن الإقرار لا في ملكه، بخلاف البيع قال: «وإذا أجر عبداً ثم ادعى فساد الإجارة بهذه المعاني، فهو أيضاً ـ على القولين، وعلى أن القول قول المالك فهل عليه يمين؟ فيه قولان» . . . .

قال: «والمسألة الثانية: باع القاضي على الغائب عبده في دينه، ثم حضر الغائب، وقال: كنت أعتقته قبل ذلك، ففي قبول قوله قولان.

أحدهما: لا، لأن العقد صدر من نائبه، فصار كما لو باع وكيله ثم قال: كنت أعتقته قبل البيع.

والثاني: يقبل، لأن نيابة الوكيل ـ عنه ـ اختيارية، ونيابة القاضي شرعية.

قاعدة: في مسائل التقديم والتأخير، وهل النظر إلى أول الكلام أو إلى آخره».

منها: إذا قال: أعتقت هذا العبد عن كفارتي بألف عليك، لم يجزئه ولا فرق بين أن يقدم في الجواب ذكر الكفارة، بأن يقول: أعتقت هذا العبد عن كفارتي بألف عليك

أو يقدم ذكر العوض فيقول: أعتقته على أن لي عليك ألفاً عن كفارتي.

وعن أبي إسحاق وجه: «إنه إذا قدم ذكر الكفارة أجزأه وسقط العوض» قال الرافعي ـ وقرب هذا الوجه في التتمة بما قيل ـ: «انه لو سمع المتيمم إنساناً يقول: عندي ماء أودعنيه فلان، بطل تيممه ولو قال: أودعني فلان ماء لا يبطل».

قلت: كذا حكاه الرافعي في كتاب الظهار ولم يذكره في باب التيمم، ويمكن الفرق بين المسألتين بأنه في التيمم إذا سمع عندي ماء توهمه، والتيمم يبطل بمجرد توهم الماء.

ومنها: مسألة التيمم هذه.

ومنها: إذا قال: أزيد أن أقر بما ليس علي لفلان على ألف. أو قال ما طلقت امرأتي وأريد أن أقر بطلاقها قد طلقت امرأتي ثلاثاً قال الشيخ أبو عاصم «لا يصح إقراره، ولا شيء عليه» وقال صاحب التتمة: «الصحيح أنه تلزمه كقوله: له عليّ ألف لا تلزمني».

ومنها: لو قال: له علي ألف من ثمن خمر لزمه الألف ـ في الأظهر، ولو قدم الخمر فقال: من ثمن خمر له علي ألف، لم يلزمه شيء قطعاً، كذا في الرافعي والروضة.

ومنها: إذا قال: إذا جاء رأس الشهر فعلي ألف، لم يلزمه شيء قطعاً.

وإن قدم المقر به، فقال: علي ألف إذا جاء رأس الشهر، فالمذهب أنه كذلك.

ومنها: لو قال: علي ألف مؤجل، قبل على المذهب، وقيل: يلغى التأجيل. وهذا إذا كان موصولاً، فإن ذكر الأجل مفصولاً، لم يقبل قطعاً.

ومنها: لو قال: له علي ألف لا تلزمني، فهو إقرار.

ومنها: لو قال: أنت طالق الطلقة الرابعة، ففي وقوع الطلاق وجهان حكاهما الرافعي في فروع الطلاق.

ومنها: لو قال: هذا العبد لفلان، ثم ادعى أنه اشتراه منه، لم يصح للمضادة ـ وعن ابن سريج أنه يسمع، ولو قال: هذا العبد لفلان وقد اشتريته منه ـ متصلاً ـ كان مسموعاً، لأن العادة جرت أنه يراد به ـ كان لفلان، ذكر ذلك شريح في أدب القضاء.

ومنها: إذا قال: كل امرأة لي طالق غيرك، قال الشيخ الإمام رحمه الله في باب

الإقرار من شرح المنهاج: «لا نقل فيها والذي استقر رأيي عليه أنه إن قدم غيراً فقال: كل امرأة لي غيرك طالق، لم تطلق، وإن أخر قال: كل امرأة لي طالق غيرك ـ ولا امرأة له غيرها ـ طلقت، وهكذا أقول في إلا» انتهى.

ونقل ـ أعني الشيخ الإمام ـ في فتاويه عن القاضي الحسين أنه قال في فتاويه غير المشهورة، في كل امرأة لي غيرك طالق، ولا امرأة له غيرها ـ أن هذا ـ على سبيل الشرط ـ لم يقع، لأنه استثناء منها، فيصير كأنه قال: أنت طالق، إلا أنت ثم قال: «قلت ـ أنا ـ كيف ينبغي أن لا يقع».

قلت: ونقل الرافعي عن فتاوى القفال أنه لو قال: كل امرأة لي طالق إلا عمرة، ولا امرأة له غيرها، طلقت، لأنه مستغرق.

وهذا يؤيد الشيخ الإمام، وليست هذه المسألة مسألة منهاج النووي وغيره من المختصرات، وهي: ما إذا خاصمته زوجته فقالت: تزوجت، فقال كل امرأة لي طالق، وقال: أردت غير المخاصمة ـ حيث يقبل ذلك منه لأنه لم يدخل امرأته في هذا الكلام حتى يقال: إنه بإخراجها ـ بعد إدخالها ـ صار الاستثناء مستغرقاً، بل أطلق لفظاً مريداً به من لا يقع عليه، وساعدته قرينة الحال فصدق.

ومنها: قال: يا زانية، أنت طالق ثلاثاً، كان له أن يلاعن، وإن قال أنت طالق ثلاثاً يا زانية، لم يكن له لعان، وفرق الجرجاني وغيره بأنه في الأولى قذف زوجته، وفي الثانية قذف أجنبية.

ومنها: لو قال أحد الابنين: مات أبي كافراً، لأنه كان يشرب الخمر ويأكل لحم الخنزير.

قال الرافعي في باب الردة: فقد حكى ـ في التهذيب ـ فيه قولين أحدهما: لا يورث منه، لإقراره بكفره، والثاني: يورث لأنه فسره بما يبين خطأ اعتقاده وهذا أظهر.

قلت: وترجيح التوريث مشكل، فإن الأصح، ـ في ألف من ثمن خمر ـ لزوم الألف، ومؤاخذته ـ هنا ـ أولى، لأن بعض الناس قد يعتقد الخمر ثمناً ولا يعتقد أحد أن شرب الخمر وأكل الخنزير يوجب الكفر إلا أن يكون قريب عهد بالإسلام.

ومنها: لو قال لغريمه: أحللتك من مالي، وأبرأتك منه في الدنيا دون الآخرة.

قال الحناطي ـ في فتاويه: «يبرأ في الدارين» قال: «والساقط في حكم الدنيا، لا

بقاء له في الآخرة» قال: ولا يرد الإبراء بهذا الشرط لأن السقوط في العقبى يتبع السقوط في الدنيا.

قلت: ولا يبعد أن يقول قائل: إن هذا القيد يبطل الإبراء نظراً إلى آخر الكلام.

ومنها: لو خالع بمائة على أن له الرجعة فرجعي بلا مال. وقيل بائن بمهر المثل: ويشبه أن يخرج وجه أنه يلغو، أو لا يقع شيء من القول في «له علي ألف من ثمن خمر» فإن شرط الرجعة في الخلع فاسد للمضادة فيفسده، كما قلنا إن شرط الخيار في النكاح يبطله، ونحوه. . . .

قاعدة: «من أنكر حقاً لغيره ثم أقر به قبل» إلا في مسائل:

منها: إذا أنكرت المرأة الزوجية، ثم أقرت فلا يقبل في الأصح.

قاعدة: «من ملك الإنشاء ملك الإقرار، ومن لا، فلا».

قاعدتان: ذكرهما الأصحاب - في باب القراض - عن أبي العباس بن سريج رحمه الله تعالى.

القاعدة الأولى: «كل لفظة كانت خالصة لعقد، حمل إطلاقها عليه، فإن وصل بها ما ينافي مقتضاه، بطل».

فمن هذه القاعدة: إذا قال قارضتك على أن الربح كله لك فالصحيح أنه قراض فاسد، لأنها لفظة خالصة لعقد القراض الذي مقتضاه الاشتراك في الربح، فإذا وصل بها قوله: على أن الربح كله لك - فسد لمنافاة ذلك لمقتضاه، وقيل: قراض صحيح نظراً إلى المعنى.

ومنها: إذا قال: أبضعتك على أن الربح كله لك، ففيه الوجهان، لأن معنى الإبضاع أن يكون الربح كله للمالك، ولا حق للعامل فيه، بل هو وكيل متبرع فقوله في هذه الصيغة: على أن الربح كله لك - زيادة تنافي معنى الإبضاع.

ومنها: إذا قال: بعتك بلا ثمن، وكذا إذا قال: أسلمت إليك هذا الدرهم في هذا الثوب ونظائرهما من مسائل اللفظ والمعنى. ولك - هنا - أن تبحث فتقول: لا نسلم أن نحو - بعتك بلا ثمن - من هذا القبيل، فإن بعتك ليس - بمجرده - خالصاً للعقد، إذ ذكر الثمن ركن في البيع، والمعنى باللفظة الخالصة، ما تعمل عملها لولا انضمام ما انضم إليها.

ويمكن الجواب عن هذا، بأن يقال: ليس هذا هو المراد بالخلوص، بل المراد

أن تكون اللفظة يفهم منها عقد خاص، وأن يوقف وجود أثره على أمر وراءها وهب يفهم منها البيع، وتوقف حصوله على ذكر الثمن لا يمنع من هذا الفهم، كما أن حصوله متوقف ـ أيضاً ـ على القبول وأشياء آخر.

وإذا تأملت هذا البحث الذي حركته لك ـ سؤالاً وجواباً ـ ترددت في أن القول بالبطلان في قوله: بعتك بلا ثمن ـ هل منشاه تجرد اللفظة عن ذكر الثمن، أو نفي الثمن عنها؟ فيحتمل أن يقال بالأول، والأقرب الثاني، ويشهد له أن التعليل بالوصف الوجودي أولى من العدمي، وذكر نفي الثمن وجودي، والتجرد عن إثباته عدمي.

وأن من قال بالصحة، وجعلها هبة ـ نظراً إلى المعنى ـ إنما أخذ ذلك من قوله: ـ بلا ثمن ـ لا من التجرد، فدل على أن النزاع في أنها بيع فاسد أو هبة ناشىء عن نفي الثمن لا عن التجرد، فدل أن ـ بعتك ـ يفهم منها البيع لولا انضمام عدم الثمن، فكانت من قبيل القاعدة.

فإن قلت: لا فرق بين بعتك بلا ثمن وقارضتك على أن الربح لك، فإن تجرد «قارضتك» عن ذكر الربح كتجرد «بعتك» عن ذكر الثمن.

قلت: ليس كذلك، بل تجرد «بعتك» لا صحة للبيع معه، إذ «البيع بلا ثمن» غير معقول، ولا يعرف الثمن إلا بذكره، فما لم يذكر لم يكن، بخلاف القراض، فإنه ـ وإن أطلق ـ يمكن أن يقال: ان له مراداً ـ وهو جعل الربح نصفين ـ كما هو أحد الوجهين فيما إذا قال: هذه الدار لزيد وعمرو حيث يجعلها بينهما نصفين، ولذلك لا يختلف الأصحاب في بطلان البيع المجرد عن الثمن واختلفوا في القراض.

القاعدة الثانية:

قال أبو العباس رضي الله عنه: كل لفظة وضعت لعقدين فأكثر، لم ينصرف إطلاقها إلى شيء، فإن عقبها ببعض ما يصلح[1] لتلك العقود أخلصها له.

واستشكل الشيخ الإمام ـ رحمه الله ـ [قوله][2] «وضعت لعقدين» وقال: إن أراد الاشتراك اللفظي لم تطابق المسألة التي ذكر فيها هذه القاعدة وهي قول رب المال للعامل: تصرف والربح كله لك، فإنه تصرف متواطىء لا مشترك ـ وإن حمل على أنه

---

(١) في «ب» لتلاف.

(٢) سقط من «ب».

بالتواطؤ أشكل قوله: لم ينصرف إطلاقها إلى شيء، إلا أن يحمل على شيء بعينه، فيصح.

قلت: إنما أراد التواطؤ، ومعناه ـ أنه لا يتعين له واحد من محامله وفي القاعدة مسائل:

منها: المسألة التي ذكر فيها أبو العباس هذه القاعدة، وهي إذا قال: تصرف والربح كله لك، فهو قرض، لأنه تصرف محتمل، وقد وصله ببعض ما يصلح للقرض، فيخلص له.

ومنها: إذا قال: تصرف بالبيع والشراء وجهان حكاهما صاحب البحر في أنه إبضاع أو قراض فاسد.

وتنازع الشيخ الإمام وشيخه ابن الرفعة، فقال الشيخ الإمام: «أرجحهما» الأول وقال ابن الرفعة مقتضى القاعدة أن لا ينصرف إلى شيء معين[1] قال الشيخ الإمام «إنما لا ينصرف إلى شيء معين، أما المعنى المشترك بينهما فمحقق.

قاعدة:

ذكر الشيخ أبو علي رحمه الله أن من الأصول المطردة في المسائل «كل ما ضمن كله بالقيمة، ضمن بعضه ببعضها» إلا في مسألة واحدة، وهي: إذا عجل زكاة ماله ثم تلف ماله قبل الحول، وكان ما عجل تالفاً، يغرم المسكين قيمته وإن كان معيناً ففي الأرش وجهان.

وحكى الرافعي في هذا الباب التحالف عن الشيخ أبي علي عند ذكره أن البيع إذا كان بعد التحالف قائماً ولكن معيباً، يرد مع الأرش وهو قدر الناقص من القيمة، لأن الكل مضمون على البائع بالثمن، فكذلك البعض وقال: هذه المسألة قدمناها في موضعها وميل الشيخ [الإمام][2] إلى اطراد الأصل فيها».

قلت: ولكن الصحيح خلافه، وقد ضم إليها الشيخ الإمام مسألة أخرى ذكرها في باب التحالف ـ من شرح المهذب ـ وهي: المستعار إذا تلف كله في يد المستعير في غير الوجه المأذون ـ ضمنه على المشهور، وكذا إذا تلف جزؤه على الأصح. فعلى الوجه الأول. تستثنى هذه المسألة.

---

(١) سقط من «ب».

(٢) سقط من «ب».

قلت: ومسألة ثالثة ـ إذا اطلع على عيب المبيع فرده وقد تلف الثمن في يد البائع والثمن متقوم، ضمنه بقيمته وإن لم يتلف ولكن نقصت صفته ـ كالشكك المشكك ونحوه ـ فالأصح لا غرم وفي هذه الصورة يتعين الرجوع بالناقص من غير أرش ولا يمكن المالك من طلب البدل.

ومن ثم مسائل أخر ـ يضمن فيها الكل بالقيمة ولا يضمن البعض ببعضها ولكن لا يتعين فيها أخذ الناقص، بل يتخير بينه وبين البدل ـ وقد عدها الشيخ الإمام في كتاب الزكاة من شرح المنهاج، وشيخه ابن الرفعة في التحالف وقالا ـ جميعاً ـ ما حاصله: انها لا ترد لوقوع التخيير فيها وقصرا القاعدة على ما يتعين الرجوع فيه إلى الناقص، ولكن كلام الإمام في النهاية يقتضي تعميم القاعدة. فمن تلك المسائل:

الصداق إذا تعيب في يد الزوجة، ثم طلق قبل الدخول، لم يلزمها الأرش، بل الزوج مخير بين الرجوع في الشطر ناقصاً أو الانتقال إلى البدل.

ومنها: اللقطة إذا حضر مالكها وقد تعيبت، تخير ـ على أحد الوجهين ـ بين أن يقنع [بها][1] ولا أرش، وأن يأخذ بدلها.

ومنها: إذا رد المبيع وقد تعيب في يد البائع كذلك.

ومنها: إذا جرى التحالف، وقد تعيب المبيع، فتشبث الشيخ أبو علي بخلاف في التخيير بين البدل وبين أن يقنع به بلا أرش.

ومنها: القرض إذا تعيب في يد المقرض، وقال الماوردي: إن كان الواجب المثل تخير المقرض بينه وبين مثله سليماً ولا أرش، وإن كان الواجب القيمة رجع فيه بالأرش.

هذا ما استثناه ابن الرفعة، ودفع الشيخ [الإمام][2] هذه الصورة بأن القاعدة في المتقومات لا المثليات ـ فلا تورد صورة المثلي في القرض وأما المتقوم فهي جارية على الأصل.

قال الشيخ الإمام: «ومنها: غريم المفلس إذا وجد العين ناقصة نقصاناً غير مضمون، فإن شاء رجع فيها بلا أرش، وإن شاء ضارب. هذا منتهى الكلام على طرد هذه القاعدة.

---

(١) في «ب» به.

(٢) سقط في «ب».

قال الإمام: «وهي منعكسة أيضاً، فإن المبيع إذا غاب في يد البائع لا يلزم البائع للمشتري أرش العيب، لأن المبيع لو تلف في يده لم تلزمه قيمته، بل الحكم الانفساخ: «قال ابن الرفعة» والعكس لا يخرج منه شيء يعلمه الآن، نعم: المشتري من الغاصب إذا تلفت العين في يده وغرم قيمتها لا يرجع بها على الغاصب ولو تعيبت في يده وغرم الأرش يرجع بها على الغاصب على قول، ومع هذا يصح أن يقال: يد ضامنه يستقر عليها ضمان الكل، ولا يستقر عليها ضمان البعض «قال الشيخ الإمام رحمه الله [يعني](1).

قلت: ثم مسألة أحسن من هذه تخرج من العكس، وهي وطء الراهن الجارية المرهونة إذا أحبلها ونقص قيمتها بالولادة يلزمه الأرش، وفي وجوب قيمتها ـ إذا ماتت في الولادة ـ وجهان: والكلام حيث ينفذ الاستيلاد.

ضابط: يضبط العين التي يرد عليها عقد الإجارة «كل عين ينتفع بها مع بقاء عينها منفعة مباحة مملوكة معلومة مقصودة تضمن بالبدل، وتباح بالإباحة فإيراد عقد الإجارة عليها جائز قطعاً، ومتى انتفى بعض هذه الأمور، فقد يبطل قطعاً وقد يجيء خلاف.

واحترزنا بقولنا ـ يضمن بالبدل ـ عن الكلب وجلد الميتة، وبقولنا: تباح بالإباحة ـ عن منفعة البضع، وبقولنا: مملوكة عن منفعة الكلب، فإنها مباحة ـ غير مملوكة ـ على ما قاله الشيخ أبو حامد، وشبهه بالمستعار، وفي وجه آخر ـ أن منفعته مملوكة حكاه الماوردي، وخرج عليها جواز إجارته للصيد. وقد نظمت شرائط المنفعة في الإجارة في قولي:

شرط المنافع في الإجارة أن ... تكون مباحة معلومة في الحال
ذا قيمة يتمكن استيفاؤها ... بالعقد واقعة لباذل مال
مقصودة التسليم لا تتضمـ ... ـن استهلاك عين مقصداً بمقال

وقبل شرح هذه الأبيات نقول: قال الجرجاني: منفعة الكلب مباحة غير مملوكة، ومنفعة [التزين](2) بالدراهم مملوكة غير مقصودة، ومنفعة الثوب ونحوه مملوكة مقصودة والثلاثة مباحة، ومنفعة الغناء والزمر وحمل الخمر ـ لا للإراقة ـ محرمة في الأصح في المسألتين، ثم نقول في شرح الأبيات. . . .

---

(1) سقط في «ب».
(2) سقط في «ب».

قاعدة: «الحر لا يدخل تحت اليد»[1].

صرح به الأصحاب في مواضع كثيرة، ولم أجد في كلام الأصحاب ولا في الشريعة دليلاً عليه، والغزالي [رحمه الله][2] لما حكى في باب الغصب ـ الوجهين في أن منفعة بدل الحر هل يضمن بالفوات كما يضمن بالتفويت؟ قال في ـ الوجيز وهو تردد في ثبوت يد غيره عليه حتى ينبني عليه جواز إجارة الحر ـ عند استئجاره ـ إن قلنا تثبت اليد، وأنه بتسليم نفسه [إليه][3] هل تتقرر أجرته.

واعترضه الرافعي «بأن من قال: تضمن بالفوات وجهه بأن منافعه تضمن بالعقد الفاسد، فأشبهت منافع الأموال «قال» ويحكى هذا يعني القول بأنها تضمن عن [ابن][4] أبي هريرة، وأن من قال: لا تضمن ـ وهو الصحيح ووجهه بأن الحر لا يدخل تحت اليد فمنافعه تفوت تحت يده بخلاف الأموال، ومن قال: ليس لمستأجره أن يؤجره ولا تقرر أجرته بالتسليم ـ وهو القفال ـ [ووجهه][5] بأن منافعه لا تدخل تحت اليد، ولا تدخل منافعه في يد المستأجر وضمانه إلا عند وجودها قال: هكذا أورد النقلة توجيه الخلاف في المسائل الثلاث ولم [يجعلوا][6] دخول الحر تحت اليد مختلفاً فيه، ولكن القائلين بجواز إجارة المستأجر وتقرير الأجرة، كأنهم بنوا الأمر على الحاجة والمصلحة، والغزالي جعله مختلفاً فيه، وبنى الخلاف في المسائل على التردد في دخوله تحت اليد ولم أعثر على ذلك لغيره» انتهى ملخصاً.

وقد يؤيده أنه لو كان مبنياً [على][7] ما ذكر الغزالي لكان الأكثر، على أن مستأجره لا يؤجره، وإن أجرته لا تتقرر، لأن الأكثر على أنه لا يدخل تحت اليد أو الكل، لكن الأكثر على أن له أن يؤجره، وأن أجرته تتقرر كما نقل الرافعي فيهما.

واعلم أن الشيخين الكبيرين ـ ابن الرفعة والوالد ـ رحمهما الله جريا على كلام الرافعي ولم ينازعاه، وزاد الشيخ الإمام الوالد ـ بعدما ذكر جزم الأصحاب هنا بأن أحد المتداعيين زوجية امرأة، لا يدعى على صاحبها بل عليها ـ «أن الرافعي حكى في كتاب

---

(١) المنثور للزركشي ٢ / ٤٣

(٢) سقط في «ب».

(٣) سقط في «ب».

(٤) سقط في «ب».

(٥) في «ب» وجها.

(٦) في «ب» يحطوا.

(٧) في «ب» كما.

النكاح وفي باب الرجعة وجهاً أن أحد المتداعيين يدعي على الآخر، وقال ما معناه: لا يقال: إن هذا الوجه يقتضي دخولها تحت يده، إنما الدعوى لكونه حائلاً بينه وبينها.

وهذا منه مبالغة في تأييد قول الرافعي : ان الحر لا يـدخل تحت اليد وأقول: لا دليل على هذا، ولم يعلل ابن أبي هريرة، الذي عزا إليه الرافعي القـول بأن منـافعه تضمن بالفوات ـ بما ذكر الرافعي، بل بما يؤيد الغزالي وهذه عبارته في شرح مختصر المزني، قال: «وقد قال الشافعي [رضي الله عنه][1] في كتاب السير: لو أكره الإمام مشركاً على أن يخـرج معه. . . .» أجـرة مثله من يوم أكـرهه على الخـروج إلى يوم جاهد».

فمن أصحابنا من قال: «إن الحر تضمن منافعه ـ أيضاً ـ بالمنع كما تضمن منافع العبد» ومنهم من قال ـ وهو الصحيح ـ «أن منافعه لا تضمن إلا بالتناول، فأما بالمنع منها فلا تضمن، وتأول المسألة على أنه إنما ضمن أجرة المثل من يوم أكرهه، لأنه اتصل بعمل تناوله منه ـ وهو الجهاد ـ ولو انفرد ذلك عن العمل لم يحكم له بشيء» انتهى.

وقد تضمن أن ابن أبي هريرة صحح ما صححه الرافعي، فليحمل قول الرافعي وحكى عن ابن أبي هريرة[2] أنه يحكى عنه حكاية الوجه لا القول به.

غير أن الذي رأيته ـ في البحر للروياني، وفي الشامل لابن الصباغ أن ابن أبي هريرة يختار أنها تضمن ـ كما هو ظاهر نقل الرافعي، ولعل هؤلاء اطلعوا على نقل ابن أبي هريرة، غير الذي في تعليقه، وعلل ـ في ـ البحر التضمين بمثل ما علل ابن أبي هريرة فقال: منافعه تضمن بالإجارة، فتضمن بالغصب كمنفعة العبد».

ولم أجد من اعتل بعلة الرافعي ـ وهي: أن منافعه تضمن بالعقـد الفاسـد إلا صاحب التتمة، فقد علل بذلك، وذكر نص الشافعي في السير، وأنه يدل لهذا الوجه، ولعل الرافعي ـ من صاحب التتمة ـ أخذ هذه العلة، فإنها ليست في كلام الإمام، وباقي كلام الرافعي في كلام الإمام، وإذا وقفت على ما علل به ابن أبي هريرة، ـ من تشبيهه بالعبد، ومعه صاحب البحر، ولعله أيضاً في حاوي الماوردي، فإن صاحب البحر كثيراً ما يتبعه ـ علمت أن ما أشار إليه الغزالي ـ من دخول الحر تحت اليد على هذا الوجه ـ

(١) سقط في «ب».

(٢) سقط في «ب».

صحيح، وهذا موضح غرضنا من كلام ابن أبي هريرة رحمه الله.

فنقول: إن فيه تأييداً للغزالي، وقول الرافعي «أن الغزالي جعل دخوله تحت اليد مختلفاً فيه» عليه فيه مناقشة من قبل أن الغزالي لم يجعل ذلك وإنما قال: «وهو تردد في ثبوت يد غيره عليه» وهذا منه بحث لا نقل، وقد أيدناه بالمنقول، وقوله: «كأنهم بنوا الأمر على الحاجة والمصلحة» قلنا هذه العلة غير كافية في الحكم، فليس من الحاجات أن مستأجر الحر يؤجره، ولا تقرر أجرته، ورب مستأجر لا يؤجر، فالأرجح عندي ـ والعلم عند الله ـ أن الحر يدخل تحت اليد، ولذلك نقول فيمن حبس رجلاً ومنعه الطعام والشراب حتى مات أنه قاتله.

فإن قلت: فيلزمكم إيجاب أجرته عليه مدة الحبس.

قلت: قد قيل بذلك، وعلى هذا يسقط السؤال، وعلى القول بعدم الوجوب ـ وهو الأرجح ـ فسببه أن فوات المنفعة وقع هنا تابعاً، ومن ثم أجد نفسي تميل إلى ترجيح دعوى أحد المتداعيين نكاح امرأة على صاحبه، كما يدعي عليها، وإن[1] لم أجسر على ترجيحه.

ومما يدل على دخول الحر تحت اليد هذا النص الذي حكاه ابن أبي هريرة وصاحب التتمة، وبمقتضاه جزم الأصحاب في كتاب السير إذ صرحوا بأن الإمام إذا أكره أهل الذمة وأخرجهم قهراً، وحملهم على الجهاد، وجبت لهم أجرة المثل، فكيف يخرج [عنه ولا][2] موجب.

وقوله: «انه أول على أنه اتصل بالعمل» يقال عليه: أليس قد ضمنه الأيام التي قبل العمل فيلزم أن من حبس حراً شهراً، واستعمله في اليوم الآخر منه، تجب عليه أجرة الشهر، وما أظن القائلين بأن منفعته لا تضمن بالفوات يقولون ذلك، وإن قالوا به كان حجة لنا عليهم في دخوله تحت اليد، وصاحب التتمة لم يقدم على تأويل النص بشيء.

فائدة: كلام ابن أبي هريرة الذي حكيته [لك][3] سمى فيه ما يسميه الرافعي بالفوات منعاً وما يسميه بالتفويت تناولاً، وهو ـ لعمري ـ حسن، فإن الفوات ـ نفسه ـ لا يضمن [إلا][4] أنا نقدر أن الغاصب منعه، [وكذلك][5] التفويت يقدر أن يتناول تلك

---

(1) سقط في «ب».

(2) في «ب» عنهم بلا.

(3) سقط في «ب».

(4) في «ب» إلا لأنا.

(5) في «ب» وذلك.

المنفعة فالتعبير بهذا أحسن مما عبر به الغزالي والرافعي من الفوات، والتفويت، وبعض أصحابنا ـ أظنه الماوردي ـ عبر بالتفويت عما يعنيه الغزالي والرافعي بالفوات، وعبر بالاستهلاك عما يعنيانه بالتفويت، وهو أيضاً حسن ولكن تعبير ابن أبي هريرة أحسن.

فائدة أخرى: اليد تستعمل لمعان: **أحدها**: الجارحة كما[1] في قوله تعالى: **﴿أم لهم أيد﴾**[2] **﴿فاغسلوا وجوهكم وأيديكم﴾**[3]، **﴿فاقطعوا أيديهما﴾**[4] وهذا المعنى هو الذي يستعمله الفقهاء في باب الوضوء، وباب صفة الصلاة عند ذكر رفع اليدين ووضعهما ونحو ذلك، وباب السرقة، **وثانيها**: القوة والقدرة، نحو: **﴿مما عملت أيدينا﴾**[5]، **﴿تبارك الذي بيده الملك﴾**[6] **﴿يد الله فوق أيديهم﴾**[7]، **﴿أن تسجد لما خلقت بيدي﴾**[8]، **﴿أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح﴾**[9] وهذا المعنى هو المراد من قولهم: «القبض فيما يتناول باليد التناول» وهو المراد بقولهم: «يد العبد يد سيده» وبنوا عليه أن المرتهن لا يستنيبه في قبض الرهن، وهو المراد بدخول المضمونات تحت اليد، ولا يخفى أنه يمكن في الحر فمن صار حراً تحت قبضته وقهره لم لا يقال: إنه تحت يده، أما قوله تعالى: **﴿حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾**[10].

فجاز «أن يراد الأول، حتى لا يعطى إلا بجارحته صغاراً له.

ومن ثم قال بعض أصحابنا: «إن الذمي لا يوكل في إقباض الجزية» وجاز أن يراد الثاني، وحسن أن يرادا جميعاً ـ ويحمل اللفظ على حقيقته ومجازه.

وثالثها: ابتداء النعمة: نحو «بل يداه مبسوطتان[11]، وكقولنا لفلان عند فلان يد».

ورابعها: جملة الإنسان، كقوله تعالى: **﴿ذلك بما قدمت يداك﴾**[12]، **﴿فيما كسبت أيديكم﴾**[13] **﴿بما قدمت أيديهم﴾**[14].

---

(1) في «ب» مما.
(2) الأعراف ١٩٥.
(3) المائدة (٧).
(4) المائدة (٣٨).
(5) يس (٧١).
(6) الملك (١).
(7) سورة ص (٧٥).
(8) البقرة (٢٣٧).
(9) البقرة (٢٣٧).
(10) التوبة (٢٩).
(11) المائدة (٦٤).
(12) التوبة (١٠).
(13) الشورى (٣٠).
(14) البقرة (٩٥).

وإذا علمت موارد اليد ـ وأنه لا يصح أن يعنى منها في باب الغصب ونحوه غير المعنى الثاني، وأنه لا ينافي الحرية ـ ظهر لك أن الحر لا يدخل تحت اليد. فإن قلت: أنت فيما تختاره من دخول الحر تحت اليد خارج إما عن الأصحاب كلهم، كما ذكره الرافعي ـ وإما عن جماهيرهم ـ كما اعترفت.

قلت: أما الخروج عن جمهورهم، فلا أستطيع إنكاره، ولكن حسبنا نص صاحب المهذب[1] ـ رضي الله عنه ـ بعدما أفسدنا تأويل من أول نصه.

فإن قلت: فما تقول في الحر، أيقطع سارقه؟

قلت: لا، ولكن لا لكونه لا يدخل تحت اليد بل لكونه غير مال، وكذلك لو غصب صغيراً أو كبيراً، لم تجب قيمته، إذ لا قيمة له. فإن قلت: لو كان معه مال، أو عليه ثياب، أو في عنقه قلادة.

قلت: حكوا ـ في باب الغصب ـ وجهين في صغير عليه ثياب أو حلي هل يدخل تحت يد الغاصب؟

قال ابن الرفعة: [**محلهما صبي**][2] **لا قدرة له على الحفظ**».

ويؤيده من السرقة ما سنحكيه. وقالوا ـ في السرقة ـ لو كان مع الصبي مال ـ أو في عنقه قلادة تبلغ نصاباً فلا قطع[3] على الأصح لأنه في يد الصبي، وأطلق الجمهور الوجهين وصورهما الإمام في نائم أو مربوط عند الحمل.

فإن قلنا: بالضمان ـ فواضح، وإلا فسببه أن هذه الأمور تابعة غير مقصودة بالغصب والسرقة ـ كما تدخل ثياب العبد في بيعه ـ على الخلاف [فيه][4] وإن لم تكن من مسماه.

والوجه ـ عندي تخصيص الخلاف بمن[5] قصد بأخذ الصبي «ذاته» أما إذا قصد «ثيابه» فينبغي أن يكون غاصباً وسارقاً لها قطعاً.

ولو نام على بعير ـ عليه أمتعة ـ فأخذ السارق بزمامه وأخرجه عن القافلة وجعله في

---

(١) في «ب» المذهب.
(٢) في «ب» محلها.
(٣) في «ب» زيادة «على الصبي».
(٤) سقط في «ب».
(٥) في «ب» فمن.

مضيعة، فالأصح عندهم أنه إن كان حراً فلا قطع، لأن المتاع والبعير في يده، أو عبداً فالقطع، لأن العبد ـ في نفسه ـ مسروق، والثاني: القطع مطلقاً، والثالث: عدم القطع، والرابع: التفرقة بين أن يكون الراكب قوياً ـ لا يبالي بالسارق ـ أو ضعيفاً ـ يبالي به ـ ولعله أرجح، وهو يؤيد تخصيص ابن الرفعة محل الوجهين المتقدمين.

تنبيه: كثيراً ما يسأل عن موت الزوجة في الطلق، لم لا توجب الدية على زوجها؟ وللناس فيه كلام.

والجواب: عندي ـ أن الوطء كان مستحقاً لمن لا يدخل تحت اليد وهي الحرة، وقولنا: لمن لا يدخل تحت اليد يجري على طريقة الجمهور في ذلك وهو قيد يخرج.

قاعدة: «لا يجتمع على عين واحدة عقدان لازمان».

من ثم ضعف قول أبي إسحاق المروزي: «أن مورد الإجارة العين» ولم يمتنع بيع العين المستأجرة، وهو الصحيح، لاختلاف المورد.

فإن قلت: أليس ـ يجوز للسيد إيجار جاريته المزوجة، ثم لا يجوز للزوج منعها من المستأجر لأن يده يد السيد في الانتفاع، وهذا الإيجار عقد لازم ورد على عقد التزويج اللازم من جهته، فقد اجتمع عقدان لازمان.

قلت: حكى صاحب المحيط ـ وهو محمد بن يحيى تلميذ الغزالي ـ خلافاً في أن المعقود عليه ـ في النكاح ـ منافع البضع، أو ذات المرأة؟ وبنى عليه استقرار المهر بالوطء في دبرها.

وعلى القول بأن المعقود عليه منافع البضع، لم يتوارد عقد الاجارة والتزويج على محل واحد، فيشابه بيع العين المستأجرة، واستئجار المزوجة للإرضاع حيث يجوز بإذن الزوج قطعاً، وبغير إذنه ـ على وجه ـ وإنما امتنع بغير إذنه ـ على الأصح ـ لاستغراق[1] أوقاتها بحقه، لا لورود عقدين لازمين فإن موردهما مختلف، ولا حق للزوج في لبنها.

وعلى القول بأن المعقود عليه ـ في النكاح ـ ذات المرأة، فالمقصود مختلف، ولا مزاحمة بين مقصود العقدين.

---

(١) في «ب» باستغراق.

ولو آجرت نفسها ـ ولا زوج لها ـ ثم نكحت في المدة، صح قطعاً، والإجارة بحالها. والأصح جواز استئجار الزوج امرأته لإرضاع ولده منها، كما يستأجرها بعد البينونة، وكما يستأجرها لغير ذلك.

وقد عرف وجه خروج هذه المسائل [من][1] القاعدة ـ وهو اختلاف المورد والغرض ـ فلم يتزاحم العقدان.

والخلاف الذي حكاه محمد بن يحيى [حكى][2] ابن السمعاني ثلاثة أوجه، في المسألة] في الاصطلام، وحكى القاضي الحسين في التعليقة ـ في أول باب الإجارة: أن أصحابنا اختلفوا في المعقود عليه ـ في النكاح فقيل: «هو الحل» والأصح «أنه عقد على عين لاستيفاء نوع منفعة مخصوصة» انتهى، وصحح الشيخ الإمام في ـ شرح المنهاج، في باب الإجارة ـ أنه حل، وأن المهر في مقابلة الحل.

من مسائل القاعدة: ذكر الشيخ الإمام في ـ شرح المنهاج ـ في مسألة إكراء العقب «لو أراد المالك أن يؤجر الدابة لآخر الزمان الذي لا يستحقه الأول «قال»: يحتمل المنع، لأن العين الواحدة لا يرد عليها متجانسان، والأقرب الجواز، لأن المعقود عليه المنافع، ومنفعة ذلك الزمان إذا لم تكن مستحقة، جاز ورود العقد عليها.

ومن مسائل القاعدة: في باب المسابقة ـ لو مر مار بجماعة يتناضلون فقال لواحد: إن أصبت بهذا السهم فلك دينار، نص الشافعي أنه يستحق بالإصابة.

قال الإمام: «وهذا يدل على انقطاع هذه المعاملة عن الإجارة إلى أجرة قد يفهم به اجتماع عقدين الذي إليه يستحق الدينار بجعل الجاعل، ويستحق في المعاملة الأصلية ما كان يستحقه».

ومنها: منع الوالد استئجار العكامية للحج، وقد ترد عليه المسألة السابقة ـ إلا أن ينفصل عنها بكلام الإمام.

قاعدة: الصحيح ـ من القولين ـ][3] أن العارية مضمونة» قال ابن القاص في «التلخيص» إلا واحدة.

---

(١) في «ب» عن.

(٢) سقط في «ب».

(٣) من قوله في الاصطلام إلى قوله الصحيح من القولين سقط من «أ» والمثبت «ب».

وقال الجرجاني في «المعاياة» والروياني في «الفروق» إلا في مسألتين إحداهما: إذا أحرم وفي ملكه صيد وقلنا: زال ملكه بالإحرام فإذا أعاره لم يضمنه المستعير، لأنه لا ملك له.

قلت: ولا يصح استثناء هذه، فإنه لا معير في الحقيقة. **والثانية**: وهي التي اقتصر على ذكرها ابن القاص ـ إذا استعار عيناً ليرهنها فتلفت في يد المرتهن، فإن المستعير لا يضمنها على الأصح، لأن سبيله سبيل الضمان.

قلت: وفاتهما مسائل.

منها: المستعير من المستأجر، فلا ضمان عليه، وكذا المستعير من الموصى له بالمنفعة.

ومنها: العارية التالفة بالاستعمال: كما إذا انمحق الثوب، فلا ضمان في الأصح.

ومنها: لو تلفت بإعارة المالك في شغله كما إذا أرسله في حاجته وأعاره دابة ليركبها في هذه الحاجة، وكذا لو لقيه في الطريق ومعه دواب فأركبه دابة ليحفظها...

فائدة: الوقف منزلة بين العتق والبيع ـ شابه العتق من حيث القربة، ومن ثم كان الصحيح أنه ينتقل إلى الله تعالى، وشابه التمليك، ومن ثم قيل بانتقاله إلى الموقوف عليه.

وإذا عرفت أنه منزلة بين المنزلتين عرفت أنه لا سبيل إلى تقديمه على العتق، فمن ثم ضعف قول ابن الصباغ في تصرفات المفلس. لو وقف وعتق، أن العتق يفسخ قبل الوقف، وكان الأصح قول صاحب البيان أن [المفسوخ][1] [أولاً][2] ـ الوقف لقوة العتق وسرايته.

على أن هذا القول عن ابن الصباغ لم ينقله إلا صاحب البيان فتبعه النووي، وزاد فعزاه إلى الشامل، وليس في الشامل إلا جعل العتق والوقف في قرن واحد ـ نبه على ذلك إسماعيل الحضرمي ـ وذكره الوالد في «شرح المهذب» وبسط الكلام عليه، وبين ما به يعرف أن هذا الكلام لم يقل به ابن الصباغ ولا غيره».

ومن ثم[3] أيضاً ـ كان لنا قول: أن العتق يقدم في تبرعات الموصي المزدحمة

---

(١) في «ب» الموسوع. (٢) في «ب» إنما هو. (٣) في «ب» من ثم لنا.

على غيره ولم يجيء في الوقف نظيره. وقد أثارت منزلة الوقف بين المنزلتين ـ تردداً في مسائل:

منها: البيع بشرط العتق صحيح على الصحيح، وبشرط الوقف فيه وجهان: «قال الرافعي: أصحهما لا».

ومنها: الصحيح ـ في عتق الراهن ـ الفرق بين الموسر والمعسر، وفي وقفه طريقان: أحدهما كالعتق، وأظهرهما: القطع بالمنع.

ومنها: بيع المبيع قبل قبضه باطل، وعتقه الأصح صحته، ولو وقفه ففي التتمة: «إن قلنا: يفتقر إلى القبول، فكالبيع، وإلا، فكالعتق».

وقال الماوردي: «إنه كالعتق» وكذلك قال في الصدقة، وخالفه الشيخ الإمام فيها ـ إذا لم يتصل بالقبض، ولم يكن بإذن بائع له حق الحبس، ولم تتلف في يد المتصدق عليه.

ومنها: عتق أحد العبدين صحيح، وفي وقفه وجهان: أصحهما الصحة.

فائدة: هل الصدقة مثل الوقف لأنه صدقة، أو دونه؟»

لا أحفظ فيه، إلا أن الماوردي قال: «لو تصدق بالمبيع ـ قبل قبضه كان كما لو وقفه» ووافقه الشيخ الإمام «إذا اتصلت الصدقة بالقبض وكانت بإذن البائع، أو حيث لم يبق له حق الحبس، أو تلفت في يد المتصدق عليه. قال: «أما بدون ذلك فلا» قال: «وإباحة الطعام للفقراء كالصدقة».

قلت: فأفهم قوله: «للفقراء» أن مسألة الماوردي مختصة بالصدقة على الفقراء، وهو محتمل.

ويحتمل أن يقال: إذا كان من أصلنا الصدقة على الغنى وأنها قوية، فلا فرق، والصدقة على الغنى كالوقف، فينبغي إباحة الطعام، فإن إطعام الطعام من حيث هو ـ قربة.

أصل: اختلف الأصحاب في أن الوديعة عقد أو إذن مجرد: قال الإمام «ليس له فائدة حكمية» وقال ابن الرفعة: «بل له فوائد، ذكر الإمام ـ نفسه منها فائدتين في باب الزيادة في الرهن».

قلت: ونحن نجمع ما يحضرنا منها.

[منها][1]: في كون ولد الوديعة وديعة ـ وجهان: قال الإمام ـ في باب الزيادة ـ «ينبنيان على أن الوديعة عقد أم لا»؟

ومنها: لو أودع وشرط شرطاً فاسداً قال الإمام: «فمن جعلها عقداً أفسدها، ولا بد من ائتمان جديد، وإلا كان كما لو طيرت الريح ثوباً إلى داره، ومن لم يجعلها عقداً ألغى الشرط الفاسد، وأبقى موجب الإيداع.

ومنها: بانعزال المودع بعزلة نفسه في غيبة المودع وجهان:

إن قلنا: «الوديعة عقد» انعزل وتبقى أمانة، وإن قلنا: «ليست بعقد»، فلا ينعزل، لأن ابتداءه بالفعل، فكذا رفعه.

ومنها: إذا أكره صاحب المال شخصاً على قبول الوديعة.

فإن قلنا: «عقد»، لم يثبت حكم الإيداع، وإن قلنا: «إذن مجرد ثبت حكمها، وهو المروي عن ابن أبي هريرة.

ومنها: لو قال: إذا جاء رأس الشهر فقد أودعتك هذا.

قال الرافعي: «فجواب الروياني في ـ الحلية ـ قال: «والقياس تخريجه على الخلاف في تعليق الوكالة «قال ابن الرفعة» ولعله فرعه على أن الوديعة ليست بعقد» ـ كذا في المطلب ـ وقال في «الكفاية» نقلاً عن الروياني ـ إذا قال: أودعتك هذا ـ بعد شهر ـ صح، صرح به في «البحر» وفي حليته ـ انتهى.

وفرق بين العبارتين، فإن «إذا جاء رأس الشهر فقد أودعتك» نص في التعليق، بخلاف «أودعتك بعد شهر» فإنه يشبه تنجيز العقد، وتعليق التصرف.

والذي رأيته ـ في «البحر» للروياني ـ العبارة التي نقلها الرافعي، ولم أجد التي نقلها ابن الرفعة.

قاعدة: «كل أمين فالقول قوله في الرد على من ائتمنه».

ومن ثم يصدق المودع والوكيل بغير جعل، وأمثلته كثيرة، وكذا الوكيل بجعل وعامل القراض ـ على الصحيح فيهما. وقولنا: «على من ائتمنه» يخرج به دعواه الرد على من لم يأتمنه، فلا يقبل، ومن ثم لو ادعى قيم اليتيم أو الوصي دفع المال إليه بعد البلوغ، أو ادعى الوكيل الرد على رسول المالك، فلا يقبل ـ على الصحيح ـ في الكل،

---

(١) سقط من «أ» والمثبت من «ب».

ولا يقبل دعوى من طيرت الريح ثوباً إلى داره، والملتقط الرد على المالك، ولا دعوى المودع الرد على وارث المودع.

ثم يستثنى من القاعدة: المستأجر والمرتهن، فالأصح أنه لا تقبل دعواهما الرد، لأنهما قبضا المنفعة [**لمصلحة نفسهما**][1] فأشبها المستعير ولك أن توضح القاعدة بتقسيم فتقول:

القابض لمجرد المقبوض منه تقبل دعواه الرد قطعاً، وهو أمين، كالوكيل بلا جعل.

والقابض لمحض مصلحة نفسه لا تقبل دعواه الرد جزماً، وهو ضامن.

والقابض لمصلحة المقبوض منه ومصلحة نفسه، فيه خلاف، والترجيح فيه بحسب ترجيح ذكروه.

قاعدة: «كل من ضمن الوديعة بالإتلاف ضمنها بالتفريط في الحفظ» إلا الصبي فإنه يضمن بالإتلاف ـ على الأصح ـ ولا يضمن بالتفريط ـ وجهاً واحداً ـ لأن عقد الوديعة لا ينعقد معه ـ كذا قال الجرجاني.

قاعدة: «كل إيجاب يفتقر إلى القبول لا يجوز وقوع القبول فيه بعد الموت. قال الجرجاني: «إلا الوصية» قال «وكل من ثبت له القبول بطل بموته إلا الموصى له، فإنه إذا مات قبل القبول قام وارثه مقامه.

قاعدة: قال صاحب التلخيص: «كل ما كان يمتنع من صغار السباع، فليس لواحد أن يتعرض لها» ومن أخذها فهو ضامن حتى يسلمها إلى السلطان، أو يردها على صاحبها، إلا واحدة: وهي ضالة الهدي يجدها أيام منى أو قبلها، يأخذها ويعرفها أيام منى، فإذا خاف أن يفوته وقت النحر نحر، قال الشافعي: «واجب إلى بعد تعريفها ـ أن يرفعها إلى حاكم حتى يؤمر بنحرها» وفي المسألة قول آخر: «أنه لا يأخذها بناء على أنه لا يجوز التعرض لكبار البهائم في الصحراء» واعترض الرافعي بأن الاستثناء غير منتظم ـ وإن جوزنا الأخذ ـ لأن الأخذ الممنوع هو الأخذ للتملك، وهذا لا يؤخذ للتملك.

فائدة: قال ابن الرفعة في «الكفاية» في باب إحياء الموات: «أسباب الملك

---

(١) سقط في «ب».

ثمانية: الميراث، والمعاوضات، والهبات، والوصايا والوقف، والغنيمة، والإحياء، والصدقات».

قلت: بقيت عليه أسباب أخر.

منها: تملك اللقطة بشرطه.

ومنها: دية القتيل يملكها أولاً: وكذلك يوفي منها دينه.

ومنها: الجنين، الأصح أنه يملك الغرة.

ومنها: خلط الغاصب المغصوب بماله، أو بمال آخر ـ لا يتميز ـ موجب لملكه إياه ـ على الصحيح عند[1] الرافعي والنووي.

ومنها: الصحيح أن الضيف يملك ما يأكله، وهو يملك بالوضع بين يديه أو في الفم، أو بالأخذ، أو بالازدراد يتبين حصول الملك قبيله؟ وجوه وقد يجاب بدخولها في الهبة.

ومنها: ما ذكره الجرجاني في «المعاياة».

والروياني في «الفروق» من أن السابي إذا وطىء المسبية، كان متملكاً لها» وهو [غريب][2] عجيب.

ومنها: الوضع بين يدي الزوج المخالع على الإعطاء، فإذا قال: إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق، كفى الوضع بين يديه على الصحيح والصحيح أنه يملك به، وقال الشيخ أبو علي: «يبدل بمهر المثل» وفي كلام الماوردي ما يخرج منه وجه ثالث ـ «أنه يستحق بالوضع ووقوع الطلاق بتلك الألف. أو ألفاً أخرى» وقد يجاب عن هذه الصورة بدخولها في المعاوضات.

فصل

في حقيقة الذمة، نتبين به أن ذمة الميت خربت ـ أي لا ذمة له.

قال علماؤنا: «الذمة معنى مقدر في المكلف قابل للالتزام واللزوم».

وطريق من يقول: «هي معنى في حامل المكلف له ـ بالشغل والفراغ ـ دناءة وشرف، فإن نظف ـ وقد تكدر ـ نظف، وإن بقي ألقي على الحيف. وهذا المعنى جعله الشرع مبنياً على أمور:

---

(١) سقط في «ب».

(٢) في «ب» عجيب غريب.

منها: البلوغ، فلا ذمة للصغير.

ومنها: الرشد. فمن بلغ سفيهاً لا ذمة له.

ومنها: عدم الحجر، فمن اجتمعت له هذه الشروط رتب الشرع عليها تقدير معنى فيه، يقبل إلزامه أروش الجنايات، وأجر الإجارات، وأثمان المعاملات، ونحو ذلك من التصرفات، ويقبل التزامه، فإذا التزم شيئاً مختاراً من قبل نفسه لزمه. وإذا فقد واحداً من هذه الشروط لم يقدر الشرع فيه المعنى.

وأما أهلية التصرف: فحقيقتها قبول يقدره صاحب الشرع في المحل وسبب هذا القبول المقدر التكليف والرشد.

قاعدة: «فيما ينتقل من الحقوق إلى الوارث وما لا ينتقل».

كل ما كان متعلقاً بالمال، أو يدفع [به][1] ضرراً عن الوارث في عرضه، فإنه ينتقل إلى الوارث، وما كان متعلقاً بنفس الموروث وشهوته وعقله لا ينتقل إلى الوارث. والسر في الفرق: أن الورثة يرثون المال، فيرثون ما يتعلق به تبعاً له وكذلك العرض بين الوارث والموروث فيهما مناسبة.

وأما عقل الميت وشهوته ونفسه فأمور لا تورث، فلا يورث ما يتعلق بها.

فمن القسم الأول:

خيار الشرط، وخيار المجلس، وخيار الإقالة، وخيار التصرية، والرد بالعيب، وخيار الخلف، وخيار الشفعة، وحق القصاص، وحق الرهن، وقبول الوصية، وإذا مات واحد من الغانمين انتقل حقه إلى ورثته [**لأنه ثبت له الملك أو حق الملك، وإذا مات المتحجر انتقل حقه إلى ورثته**][2] وحكم الإقالة والتحالف مع الوارث كحكمها مع المورث.

وأما حد القذف، وقصاص الأطراف والجراح ومنافع الأعضاء فتنتقل ـ أيضاً ـ إلى الوارث وإن لم تكن مالاً، لأجل شفاء غليل الوارث بما دخل على عرضه من قذف مورثه، أو الجناية عليه.

وأما قصاص النفس، فإن قلنا: «العلة مع المعلول» فهو من هذا القبيل ـ يورث، لأنه يثبت للمجني عليه قبل موته، ثم ينتقل عنه.

---

(١) سقط في «ب».
(٢) سقط في «ب».

وإن قلنا: «سابقة» فليس من هذا، لأنه لا يثبت للوارث ابتداء لأن استحقاقه فرع زهوق النفس، فلا يقع للوارث إلا عقب موت المورث.

ومن القسم الثاني:

وهو ما لا ينتقل للوارث: اللعان، وقد كان يختلج في الذهن أنه ينبغي ثبوته له دفعاً عن النسب الذي اشترك الوارث والموروث فيه، غير أنه لما رجع إلى أمر يعتقده المورث لا يشاركه فيه غيره، لم ينتقل.

وكذلك: الفيئة بعد الإيلاء لا تورث لتعلقه بشهوته، والعود بعد الظهار، واختيار أربع من خمس فصاعداً - أسلم عليهن - ومن ثم لا يجوز التوكيل فيه، وفي سائر ما يتعلق بالشهوة.

وكذلك لا ينتقل إلى الوارث قضاؤه على متبايعين جعلا له الخيار في الإمضاء أو الفسخ.

وكذلك ما بيده من قضاء ومناصب، كما لا ينتقل اجتهاده وعلمه ودينه لا ينتقل شيء منها إلى الوارث لأنه لم يرث [سيده][1] وأصله لو قال لزوجتيه: إحداكما طالق، ففي قيام وارثه مقامه - في التعيين - خلاف شهير.

وهنا مسائل:

منها: قال المتولي: لو وهب لوالده شيئاً فمات الواهب، لا ينتقل حق الرجوع إلى الورثة، لأنهم لا يرثون العين، فلا يرثون الخيار فيها، كما لا يرث حق النكاح، ولا الولاء.

واستدل الحنفية بهذا على عدم إرث خيار المجلس، وأجاب الغزالي بأنها سلطنة لا تثبت إلا للأب - على قياس الولايات - لأنه لا يسقط بقوله: «أسقطت» كولاية التزويج، فهو من لوازم الأبوة، والخيار يقبل السقوط بالإسقاط قلت.

فائدة: قال المتولي - في باب الخيار في تعريف ما يورث وما لا يورث: «كل حق لازم متعلق بالمال يورث بوراثة المال» واعترضه النووي بخروج حد القذف والقصاص والنجاسات المنتفع بها كالكلب والسرجين.

---

(١) في «ب» مستنده.

فائدة: إذا تعدد الوراث، فهل يتعدد الحق المنتقل إليهم عن مورثهم اعتباراً بهم، أو يتحد اعتباراً به؟ ثم إما أن يتوزع عليهم وإما أن يسلك سبيل آخر.

فيه تردد في مسائل:

منها: إذا ورثوا خيار المجلس لم ينقطع خيار بعضهم بمفارقة الآخر - على الأصح - فكل منهم في هذا بمنزلته، ولو فسخ بعضهم انفسخ العقد في الكل على الأصح، ولو فسخ بعضهم في نصيبه واختار الآخر في نصيبه قال مجلى: «لم يكن لهم ذلك - وجهاً واحداً - وفي الحاوي وجه.

ومنها: إذا ورثا العبد المبيع فوجدا به عيباً، فالأصح لا ينفرد أحدهما بالرد، ولو سلم أحدهما نصف الثمن لم يلزم البائع تسليمه النصف.

ومنها: لو قضى أحد الوارثين حصته من الدين المرهون به رهن، ففي انفكاك نصيبه قولان.

ولو مات المديون فقضى بعض الورثة نصيبه، قال الإمام: «لا يبعد تخرجه على الرهن».

ومنها: أقر بعضهم بالدين وأنكر البعض.

ومنها: لو عفا بعضهم عن حد القذف.

فائدة: [قال الجرجاني[1]: يورث بالقرابة من الطرفين إلا في أربع مسائل:

ابن الأخ يرث العمة، ولا ترثه العمة[2].

والعم يرث بنت الأخ - ولا ترثه هي[3].

وابن العم يرث بنت العم، ولا ترثه هي[4].

والجدة ترث ولد ابنتها، ولا يرثها هو[5].

قال الجرجاني: «ويورث بالنكاح من الطرفين إلا في المبتوتة في المرض فإنها ترث المطلق - في قول - ولا يرثها هو».

---

(١) من قوله قال الجرجاني .. إلى قوله ثبت الولاء من الطرفين سقط من «أ» والمثبت من «ب».

(٢) مختصر العلائي ١ / ٣٩٤، الأشباه للسيوطي (٥٠٠).

(٣) المصدران السابقان.

(٤) المصدران السابقان.

(٥) المصدران السابقان.

قال: «ويورث بالولاء من طرف واحد ـ وقد يتفق من طرفين بأن يعتق حربي الحربي، ثم يقهر سيده على نفسه، فإذا أعتقه ثبت الولاء من الطرفين].

فائدة: قال البندنيجي: «الحقوق ثلاثة أضرب:

حق يثبت لجميع الورثة وإذا عفوا إلا واحداً ثبت له، وهو القذف والشفعة والغنيمة. قلت: والولاية على اللقيط على الصحيح.

وحق يثبت للجماعة ـ على الاشتراك ـ والكل حصته أولاً: وهو المال.

وحق يثبت على الاشتراك ويسقط بعفو البعض وهو القصاص.

قلت: القول في ربع المناكحات

قاعدة: «النكاح لا يفسد بفساد الصداق»(١).

وفيه مسائل:

منها: لو وكل في نكاح امرأة وسمى مهراً، فزاد الوكيل، قال إمام الحرمين قبيل باب الخلع في المرض: اختيار الشيخ أن النكاح لا ينعقد، وقال بعض الأصحاب، ينعقد والرجوع إلى مهر المثل، والحكم بالانعقاد بعيد في هذا الطرف». انتهى. وأظنه يعني بالشيخ ـ هنا ـ القفال، ففي كلامه ـ هنا ـ ما يشير إليه، وذكر صاحب البيان المسألة في باب ما يصح به النكاح، وقال: قال الصيمري:

«قال شيخ من أصحابنا: يبطل النكاح، والصحيح أنه يصح ولها مهر مثلها» انتهى، وفي الرافعي ـ قبيل الفصل السادس: فيما يجب على الولي ـ ولو وكل رجلاً بقبول نكاح امرأة وسمى مهراً، لم يصح القبول بما زاد عليه.

قاعدة: كل عضو حرم النظر إليه، حرم مسه بطريق أولى(٢) ويستثنى:

الطبيب ـ إذا احتاج إلى المس دون النظر، فإنه لا يباح له إلا ما احتاج إليه.

وفرج الزوجة ـ فمسه جائز قطعاً، وفي نظر الزوج إليه الخلاف المعروف وقد استدركه الوالد ـ رحمه الله ـ وحمل القاعدة على أن المراد الاجتناب، والوالد لم يذكر الطبيب «فلتحمل القاعدة أيضاً على أن المراد ما عدا الضرورات.

قاعدة: من حرم نكاحها على التأبيد ـ بسبب مباح لحرمتها ـ فهي محرم يجوز

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (٤٧٧).

(٢) السيوطي (٤٧٥)، المنثور ٣ / ١١٤.

النظر إليها ويختلي بها ولا تنقض الوضوء واحترزنا بالحرمة عن الملاعنة.

ويستثنى أزواج النبي ﷺ فلسن من المحارم كما دل عليه كلام الرافعي في الظهار، وصرح به غيره.

قاعدة: داعية الطبع تجزىء عن تكليف الشرع «وبعضهم يقول»: الوازع الطبيعي مغن عن الإيجاب الشرعي «وعبر الشيخ الإمام» رحمه الله عن القاعدة في كتاب النكاح بأن «الإنسان يحال على طبعه ما لم يقم مانع».

ومن ثم لم يرتب الشارع على شرب البول والدم وأكل العذرة والقيء ـ حداً اكتفاء بنفرة الطباع عنها، بخلاف الخمر والزنا والسرقة لقيام بواعثها فلولا الحد لعمت مفاسدها.

[وفي][1] القاعدة مسائل؛

منها: لا يجب القسم بين النساء.

ومنها: لا يجب على الرجل وطء زوجته، وشذ القول بوجوب الوطأة الأولى لتقرير المهر، وقضاء الوطأة في القسم فيما إذا دخل في نوبة واحدة ووطئها، أما المولى[2]: فواجبه أحد الأمرين من الوطء أو الطلاق.

ومنها: إقرار الفاسق ـ على نفسه ـ مقبول، لأن الطبع يزعه عن الكذب فيما يضر بنفسه أو ماله أو عرضه.

ومنها: عدم اشتراط العدالة في ولاية النكاح على وجه اختاره كثير من أصحابنا، منهم الشيخ عز الدين، محتجاً بأن الوازع الطبعي يزع عن التقصير في حق المولى عليه.

ومنها: عدم وجوب الحد بوطء الميتة ـ وهو الأصح ـ قالوا: «لأنه مما ينفر عنه الطبع، وما ينفر عنه الطبع لا يحتاج إلى الزجر عنه.

ومنها: ليس النكاح من فروض الكفايات خلافاً لبعض الأصحاب، ومستند هذا الوجه النظر إلى بقاء النسل، وقد رده الشيخ الإمام بهذه القاعدة، وقال: «في النفوس من الشهوة ما يبعثها على ذلك، فلا حاجة إلى إيجابه[3] والإنسان يحال على طبعه ما لم

---

(١) وفي «ب» ومن.

(٢) في «ب» الولي.

(٣) في «ب» فلا حاجة إلى إيجابه من القواعد.

يقم مانع «ثم مال الشيخ الإمام إلى قتال أهل قطر رغبوا عن سنة النكاح وإن لم يكن واجباً.

قاعدة: «لا يزوج مسلم كافرة» إلا في مسائل:

منها: كافرة لا ولي لها مناسب، فيزوجها الحاكم بالحكم، لأن الكافرة والمسلمة مستويان في الحكم[1].

قاعدة: قال الإمام ـ في الكلام على تقديم الطعام للضيف، في الوليمة ـ «ليس في الشرع إباحة تفضي إلى اللزوم إلا في النكاح، فإنا قد نختار أن المعقود عليه ـ في النكاح ـ ليس مملوكاً، إنما هو مستباح فيستحق» انتهى.

ذكره رداً على والده في تصحيحه أن الضيف لا يملك، وأن الوجوه المحكية ـ في أنه بماذا يملك؟ وجوه في أن الإباحة هل تلزم حتى لا يكون للمضيف رجوع؟ قال الإمام: «وهذا لا بأس به» قال: «ولكن الأصح أن الإباحة لا تنتهي إلى اللزوم ما لم يفت المستباح». ثم ذكر هذه القاعدة.

قلت: وقد يضم إلى النكاح الصور التي تلزم فيها العارية، فإنها إباحة تفضي إلى اللزوم، ثم نبحث عن قوله «تفضي إلى اللزوم».

هل معناه: إلى لزومها ـ في نفسها ـ على المبيع، فإن المرأة يلزمها بدل البضع المستباح بحق، والمعير ـ في الصور المشار إليها ـ يلزمه أيضاً حكم العارية؟

أو معناه: تفضي إلى اللزوم من جهة المستبيح فإن الزوج تلزمه لوازم النكاح ـ من المهر وغيره ـ ولذلك قال البغوي: «حتى يكون الشيء غير واجب ويقتضي واجباً ـ كالنكاح ـ يقتضي النفقة والمهر».

ذكره في الكلام على ركعتي الطواف، وعلى هذا فيضم إلى النكاح إعارة الدلو لاستقاء المحدث الماء، والسترة للعاري في الصلاة، فإنه يلزمه[2] قبولهما على الأصح.

أو معناه اللزوم من الطرفين، حتى لا يجوز للمبيح الرجوع ولا للمستبيح الرد؟ وعلى هذا يضم إلى النكاح إعارة الدلو والرشاء، وللمعير العوض ـ كما صرح به

(١) انظر الاعتناء القاعدة التاسعة عشرة من كتاب النكاح.

(٢) في «ب» يلزم.

القاضي الحسين ـ حيث قال: «يتعين عليه الإعارة، كما يتعين على المستعير ويجب» وعلى هذا لا يتم رد الإمام على والده، فإنه ـ وإن منع المضيف من الرجوع ـ فلا سبيل له إلى القول بأن الإنسان المضاف يتعين عليه القبول والأكل.

ثم هذا منه ـ والحالة هذه ـ قول بأن النكاح من العقود اللازمة من الطرفين، وهو ما ادعاه النووي وقال: «يمكن الزوج من رفعه كتمكن المشتري من إزالة الملك بالبيع» والمعروف ـ في المذهب ـ أن النكاح عقد جائز، وحكى ابن الصباغ ـ في كتاب الوكالة ـ وجهين في أنه لازم أو جائز.

قاعدة: «إتيان القبل والدبر سواء في الأحكام»[1].

إلا في مسائل:

منها: الحل ومنها: الإحصان[2]، فإنه فضيلة لا تنال برذيلة.

ولا تحصل به فيئة الإيلاء، ولا ينفي العنة ولا يبطل استنطاق البكر وأما النسب، فاختلفت فيه عبارة الرافعي.

ومنها: حلف لا يطأ زوجته، فوطئها في الدبر قال الإمام: «الذي أراه الحنث» نقله الرافعي في الإيلاء، وحكى الغزالي في الفتاوى ـ وجهين، ورجح عدم الحنث[3].

---

(١) روضة الطالبين ٧ / ١٢٠ ـ ٢٠٤، البيجرمي على الاقناع ٣ / ٤٤٩.

(٢) وصورته ان يتزوج رجل بامرأة فيطأها في دبرها دون فرجها ثم يطلقها وإذا زنا بامرأة بعد ذلك وجب الجلد دون الرجم.

(٣) ومنها الدم الخارج من الدبر لا يكون حيضاً بخلاف القبل.

ومنها: لا يثبت به نسب وصورته أن يطأ رجل امرأة في دبرها فقط ثم أتت بولد لم يثبت به نسب على الصحيح.

ومنها: إذا وطىء البائع الجارية المبيعة في دبرها لا يكون فسخاً.

ومنها: عدم الكفارة في وطء الدبر في أيام رمضان بإفساد الصوم من غير خلاف رجلاً كان أو امرأة ذكره ابن الرفعة في مطلبه في كتاب الصيام.

ومنها: إذا وطئها في دبرها بعد طهرها ثم طلقها لا يكون رجعياً.

ومنها: انه لا يجب بالوطء في الدبر المسمى للزوجة على وجه والصحيح خلافه.

ومنها: انه لا يجوز رؤية الدبر بخلاف القبل للزوج وعند النظر إلى فرج الزانيين وعند الشهادة على الولادة.

ومنها: ان مس الدبر لا ينقض الوضوء على القديم بخلاف القبل.

ومنها: ان الزوج يحد بوطء زوجته في دبرها على وجه ويعزر على الصحيح. =

قاعدة: «فرقة النكاح ـ قبل الدخول ـ [إذا][1] كانت بسبب من جهة الزوج ـ كطلاقه وإسلامه وردته ـ سقط نصف المهر، وإن كان من جهتها كإسلامها وردتها ـ سقط جميع المهر».

والناس يستشكلون على هذا الفسخ بالعيب قبل الدخول، فإنه يسقط جميع المهر ـ سواء فسخ هو بعيبها، أم فسخت هي بعيبه، لأنها هي المختارة، قال النووي «في رؤوس المسائل»، وهذه مشكلة، وهذا الإشكال قوي فإن الفسخ بالعيب إما أن يغلب فيه جانب الفاسخ، أو جانب من به العيب، وعلى التقديرين لا يسقط جميع المهر بكل حال. وإنما يسقط كله في حال وبعضه في حال.

ثم أجاب النووي رحمه الله: بأن مقتضى الفسوخ تراد العوضين من الجانبين، وقد رد عليها الزوج بضعها بكماله، فيرد عليه المهر بكماله.

وأما الطلاق ـ فإنما بقي لها فيه نصف المهر، لأنه ليس فسخاً، وإنما [هو][2] تصرف في الملك.

وأما وجوب النصف بإسلامه وردته، فلشبهه بالطلاق من حيث إيذائها وكسرها بذلك من غير سبب من جهتها، فوجب النصف جبراً لذلك. بخلاف الفسخ، فإنها إن فسخت فهي المختارة، فلم يحصل لها أذى، بل حصل لها سرور بتحصيل غرضها وإن فسخ الزوج فهي سببه، فالأذى حصل بسببها. انتهى: وهو مأخوذ من كلام الشيخ ـ عز الدين ابن عبد السلام: وبقي ما إذا كان الفسخ بسببهما جميعاً ـ كردتهما معاً والخلع الواقع بينهما، والصحيح فيهما التشطير.

وأما إذا كان لا من جهة واحدة منهما ـ وهي مسألة ابن الحداد والقفال ـ ولم

= ومنها: عدم العدة بوطء في الدبر فقط.

ومنها: العنين إذا وطىء زوجته في دبرها فقط لم يسقط خيارها.

ومنها: عدم وجوب غسلها بخروج مني الزوج من دبرها بعد غسلها من الوطء في دبرها.

ومنها: عدم إثبات طهارة بالوطء في الدبر.

ومنها: عدم إفساد الحج بالوطء في الدبر والصحيح التسوية.

ومنها: شرط عدم الوطء في القبل في صلب العقد فإنه يفسره بخلاف الدبر.

(١) في «ب» ان.

(٢) سقط من «ب».

يذكرها الرافعي في باب الصداق عند الكلام في التشطير، وابن الحداد يقول فيها بالسقوط دائماً، والقفال يقول بالتشطير.

وفيها صور:

منها: إذا أسلم أبو الصغيرة فتبعته فانفسخ النكاح. قال ابن الحداد «يسقط» وقال القفال: «يتشطر». كذلك نص عليه في شرح الفروع، ونقله الشيخ أبو علي والإمام عن بعض الأصحاب، ولم يصرحا بذكر القفال وهو عجيب.

وكذلك حكى ابن الرفعة الخلاف في باب الصداق من «الكفاية» غير مذكور فيه القفال.

ومقتضى كلام الرافعي الجزم بقول ابن الحداد في هذه، إذ قال في باب المتعة فيما إذا وقع إسلامها تبعاً فإنه لا متعة جعل ذلك فرقة كائنة من جهتها، ولكن [رجح][1] فيما إذا ورث زوجته أو بعضها ـ عدم سقوط المهر، وصرح بمخالفة ابن الحداد فيه وهو يقتضي إيجابه الشطر. كذا قاله في كتاب النكاح قبل فصل الدوريات، وقد تكلمت على المسألة ونظائرها ـ مبسوطاً ـ في الطبقات في ترجمة ابن الحداد، فلنلخص هنا إن شاء الله.

قاعدة: قال الرافعي في باب نكاح المشركات: «ذكر الأصحاب عبارة جامعة، فقالوا: الرق والحرية إذا تبدل أحدهما بالآخر، فإن بقي من العدد المعلق بكل واحد ـ من الزائل والطارىء ـ شيء، أثر الطارىء وكان الثابت العدد المعلق به ـ زائداً كان أو ناقصاً ـ وإن لم يبق منهما جميعاً، لم يؤثر الطارىء، ولم يغير حكماً.

ذكر ذلك فيما إذا كان تحت الكافر إماء، فأسلم معه اثنتان ثم عتق ثم أسلم الباقيات، فإنه ليس له إلا اختيار اثنتين، وإن أسلمت واحدة ثم عتق ثم أسلم[2] الباقيات، فله اختيار أربع.

والفرق: أنه إذا لم يسلم معه [إلا][3] واحدة، لم يكمل عدد العبيد، فإذا عتق فله استيفاء ما للآخر، بخلاف ما إذا أسلمت اثنتان.

قال: وشبهوا الصورتين بما إذا طلق العبد امرأته طلقتين ثم عتق. لم يملك بالعتق

---

(١) في «ب» راجح.　(٢) في «ب» اسلمت.　(٣) سقط في «ب».

طلقة ثالثة، بخلاف ما لو طلق طلقة [واحدة][(١)] ثم عتق. وبما إذا أعتقت الأمة في عدة الطلاق ـ قبل [استكمال][(٢)] قرءين ـ فإنهما تكمل ثلاثة أقراء.

«وإن [أعتقت][(٣)] ـ بعد تمامها ـ لم يلزمها شيء».

كذا قال الرافعي، والصحيح ـ عنده وعند غيره ـ أن الطلاق إن كان بائناً، لم تكمل ثلاثة أقراء، بل تكتفي بقرءين.

وعلى هذا الأصل قال ابن الحداد، لو طلق الذمي زوجته طلقتين ثم التحق بدار الحرب ناقضاً للعهد فسبي واسترق ونكح تلك المرأة بإذن مالكه، يملك عليها طلقة، لأنه بقي من العدد الزائل شيء، ولم يبق من العدد الطارىء شيء، فلم يؤثر الطارىء.

ولو كان قد طلقها طلقة، فإذا نكحها، لا يملك عليها [إلا][(٤)] طلقة، لأنه [قد][(٥)] بقي من العدد الزائل طلقتان، ومن العدد الطارىء طلقة، فكان الثابت حكم الطارىء ـ وهو الرق هنا ـ وهو الصحيح عند الأصحاب.

غير أن الشيخ أبا علي استدرك على ابن الحداد اشتراطه لحاق الذمي بدار الحرب، لأن استرقاقه ليس موقوفاً على ذلك، فإنه[(٦)] قد يفعل ما ينقض العهد ويسترق ـ وإن لم يلحق بدار الحرب ـ أو لعله يرى أن من نقض عهده بغير قتال يرد إلى مأمنه، وهو أحد القولين.

والاعتراض سهل، فإن ابن الحداد لم يذكر اللحوق بدار الحرب على سبيل التقييد للمسألة، بل لكونه الغالب في الوقوع. إذا عرفت هذا، فهذه القاعدة يستثنى منها مسائل:

منها: العبد إذا زنى فأقيم عليه بعض الحد وبقيت عليه عشرة، ثم عتق، فإنه لا يقام عليه تمام حد الأحرار، بل تمام الخمسين فقط.

ومنها: الذمي إذا زنى، فأقيم عليه أربعون أيضاً، ثم التحق بدار الحرب [ثم استرق][(٧)] فإنه لا يكمل عليه حد الأحرار، بل حد العبيد وقياس القاعدة تكميل حد الأحرار.

قلت: [كذا][(٨)] نص القاضي الحسين، ونقل ابن الرفعة عنه ذلك نقل الموافق

---

(١) سقط في «ب».
(٢) في «ب» كمال.
(٣) في «ب» عتقت.
(٤) سقط في «ب».
(٥) سقط في «ب».
(٦) في «ب» لأنه.
(٧) سقط في «ب».
(٨) سقط في «ب».

له، ولا يتجه هذا الثاني إلا على القول بأن الذمي إذا زنى ثم أسلم، يحد وهو رأي أبي ثور والذي نص عليه الشافعي ـ كما نقل النووي عن ابن المنذر أنه يسقط عنه الحد بالإسلام، ورأيت الدارمي حكى في «الاستذكار» في المسألة وجهين في باب حد الذميين «إذا كان الحد يسقط بتمامه، فالذي يظهر أن سقوط ما بقي منه أولى، وأحرى».

ومنها: إذا نكح أمة وقلنا: ان لها نصف ما للحرة من الثلاث أو السبع في حق الزفاف ـ فعتقت بعدما بات عندها ليلتين، فإنه لا يكمل لها ما للحرة ـ ذكره الرافعي في باب عشرة النساء.

ومنها: لو عتقت الأمة المطلقة في عدة الطلاق البائن، تكمل عدة أمة، لا عدة حرة ـ على الجديد الصحيح.

فائدة: «كل من وطىء أمة بغير ملك يمين ـ عالماً بأنها أمة ـ فولده منها رقيق إلا في مسألة واحدة: وهي: العربي إذا تزوج أمة ـ على القول بأن العرب لا يسترقون.

فائدة: كل امرأة تدعي عنة زوجها، تسمع دعواها إلا الأمة إذا كان زوجها حراً. لأنها لو سمعت لبطل خوف العنت، فيبطل النكاح، فكان سماع الدعوى فيه مؤدياً إلى سقوط النكاح المؤدي إلى سقوطها، فأثبتنا النكاح وأسقطنا الدعوى.

فائدة: كل امرأة علق زوجها طلاقها على صفة، فلها أن تحاكمه في وجود تلك الصفة ووقوع الطلاق بها «إلا الصورة المتقدمة ـ وهي الأمة المزوجة بحر علق طلاقها على كونه عنيناً، فليس لها أن تحاكمه، إذ لو حققت دعواها، خرجت من الزوجية، فلا يصح يمينه بطلاقها، ولا دعواها ـ ذكره الجرجاني في المعاياة والروياني في الفروق.

قاعدة: قال صاحب البيان: «كل موضع حكمنا فيه بالفرقة بين الزوجين، فذاك فسخ لا طلاق». وينتقض بما إذا توافق الزوجان على أن العاقد والشهود فسقة، فإن الفرقة تحصل بينهما، والأصح أنها فرقة طلاق.

قاعدة: «كل زوجة جمعها مع زوجها ـ في الشرك ـ الإسلام، وهي بحيث يحل ابتداء نكاحها، أقرت، وإن كان بحيث لا يحل له ابتداؤه، لا تقر».

قاعدة: قال الغزالي «كل من بها عذر طبعي أو شرعي لا تستحق القسم» واستثنى الرتقاء، فلها عذر طبعي وهي تستحقه.

قاعدة: قال الأصحاب في باب الصداق: الزيادة المتصلة تتبع الأصل إلا في الصداق. ومعنى ذلك: أنه إذا ثبت الرجوع في عين فزيدت زيادة متصلة ـ كالسمن وتعلم القرآن والحرفة ـ لم تمنع تلك الزيادة الاستقلال بالرجوع، كما إذا أفلس المشتري بالثمن فإن البائع يرجع في المبيع بزيادته المتصلة وكذا الواهب في الموهوب والمشتري إذا رد المبيع بعيب، يرجع في العوض مع الزيادة المتصلة [ولا][1] كذلك الصداق، فإن الزيادة المتصلة فيه تمنع استقلال الزوج بالرجوع حيث ثبت له الرجوع في نصف الصداق، ويثبت لها الخيار، فإن أبت لم تجبر، ويعدل الزوج إلى نصف القيمة من غير تلك الزيادة، وإن سمحت أجبر على القبول على الصحيح، فصار الصداق مستثنى من قولهم: «إن الزيادة المتصلة تتبع الأصل».

قلت: ويستثنى أيضاً ـ على وجه ـ الهبة المطلقة إذا قلنا: تقتضي الثواب فلم يثب، وكان للواهب الرجوع بدون الزيادة المنفصلة وكذا المتصلة ـ على وجه ـ فيبذل الموهوب له القيمة، ويمسك الموهوب، والأصح خلافه جرياً على القاعدة.

ويستثنى أيضاً ـ على ما ذكر الدارمي في الاستذكار ـ اللقطة بعد التملك، إذا جاء صاحبها وقد زادت زيادة غير متميزة فإنه ذكر أن له الخيار بين إعطائها زائدة أو القيمة.

لكن هذا غريب، والمجزوم به ـ في كتب الرافعي والنووي وابن الرفعة والشيخ الإمام رحمهم الله تعالى ـ أن الزيادة المتصلة تتبع اللقطة.

قاعدة: «الوطء لا يخلو عن عقر أو عقوبة».

واستثنى الروياني في «الفروق» ثلاث مسائل:

إحداها: إذا زوج عبده [بأمة[2] بعد إذن وليه][3].

والثانية: إذا فوضت المرأة بضعها في دار الحرب ثم أسلما، فدخل بها وهما يعتقدان أن [لا][4] مهر.

والثالثة: المحجور بالسفه إذا تزوج بغير إذن وليه ووطىء[5]، فلا شيء عليه بالوطء على الأصح، كما لو اشترى سلعة من عالم بحاله.

وفي القديم: لها مهر مثلها بعد فك الحجر عنه، جعله كالجناية.

---

(١) سقط في «ب».
(٢) في «ب» بأمته.
(٣) سقط في «ب».
(٤) في «ب» إلا.
(٥) في «ب» ونظر.

قلت: [وقد][1] قيد النووي - في فتاويه - المسألة بما إذا تزوج رشيدة، أما إذا تزوج سفيهة، قال: «فيجب» ولم أر هذا القيد في غير فتاويه وقد أهمل الروياني مسائل:

منها: وطء النبي ﷺ فمن خصائصه عليه أفضل الصلاة والسلام أنه لا يجب عليه المهر - وإن لم يكن العقد بلفظ الهبة.

ومنها: إذا أعتق المريض أمته - وهي ثلثه - وتزوج بها، ومات، وطالبت بالمهر، فيجب لها منه بقسط ما عتق، ويبطل النكاح بخروجها عن كونها الثلث، فإن الاعتبار بالثلث بعد وفاء الدين.

وإذا لم تخرج من الثلث [رق][2] بعضها، وحينئذٍ لا يصح تزويجها للحر فأما إذا أعتقت عن المهر، فيصح النكاح.

ومنها: إذا استرق الكافر مسلماً وجعله صداق امرأته وأقبضها إياه ثم أسلما، فإن الحر ينتزع من قهرها، وجنح الرافعي - في بحثه إلى أنه لا يجب مهر [مثل][3].

ومنها: إذا وطىء المسلم حربية بشبهة، فلا عقوبة إذ لا إثم ولا عقر.

ومنها: إذا وطىء ميتة بشبهة، فلا عقوبة للشبهة، ولا مهر.

قاعدة: كل حيض يحرم الطلاق. ويستثنى مسائل:

منها: حيض الحامل - على القول انها - تحيض وهو الأصح - فإن طلاقها فيه لا يحرم، لعدم التأدية إلى طول العدة.

قال الرافعي: عن أبي إسحاق «أنها لو كانت ترى الدم - وجعلناه حيضاً - فقال لها: أنت طالق للسنة، لا يقع عليها الطلاق حتى تطهر».

قال: وعلى هذا فللحامل حال بدعة كما للحائل».

قلت: [وإذا][4] تم هذا كان طلاق الحائض الحاصل بدعياً عند أبي إسحاق، وبه صرح صاحب المهذب وغيره من النقلة عن أبي إسحاق، وتبعهم في الروضة، فإن كان الحامل له تصريح صاحب المهذب فحسن - لكنه خروج عن نظم الرافعي - فإنه لم يصرح بهذا، وإنما قاله فيمن قال أنت طالق للسنة»: «ولعل ذلك لأن لفظ السنة محمول - عند الإطلاق - على المتعارف في الشرع - وهو غير الحائض - وحيض الحامل

---

(1) سقط في «ب».

(2) في «ب» ردت.

(3) سقط في «ب».

(4) في «ب» زاد.

صورة نادرة لا يشملها الإطلاق[1]،ولا يكون مراده منه، فلست[2] على ثقة[3] بأن[4] أبا إسحاق رحمه الله يحرم الطلاق في حيض الحامل من هذا النظم الذي نظمه الرافعي، وإنما يحمل لفظ السنة على ما وراء[5] الحيض.

وإذا عرفت هذا، فقول الرافعي: «حال بدعة» لا يتجه، إلا أن يكون[6] أبو إسحاق يحرم طلاق[7] ، الحامل، ولم ينقل عنه ما يقتضي ذلك، لما ذكرت.

ومنها: إذا قال: أنت طالق في آخر حيضك فالأصح أنه سني - مع وقوعه في الحيض».

فائدة: قال الرافعي - في [باب][8] القسم والنشوز - «اجتماع الحرة والأمة إنما يتصور بأن ينكح حرة على أمة» وكذلك في السبب الثاني في تجدد النكاح، حيث: قال لا يتصور إلا في العبد، فإن له أن يدخل الأمة على الحرة» وتبعه النووي.

والحصر غير مسلم، فالأصح الجواز فيمن تحته حرة لا تعفه - كالرتقاء [والقرناء][9] .

قاعدة: من باب التعليقات بالشروط - لا تختص بالطلاق، غير أن الطلاق أمس بذكرها، لكثرة التعليق فيه - الطلاق لا يقبل الإيقاع[10] بالشرط وإن قبل الوقوع الشرط. أي التعليق على شرط.

وهو عكس البيع ونحوه - فإنه يقبل الإيقاع بالشرط، ولا يقبل التعليق على شرط - بدليل أنه لو قال: بعتك على أنه كاتب صح، . ولو قال: إن كان كاتباً فقد بعتكه فهو باطل - على ما جزم به ابن أبي الدم - وخرج فيه ابن الرفعة وجهين من الوجهين في «إن كانت المولودة لي بنتاً فقد زوجتكها» وهذه القاعدة أشار إليها الغزالي - في كتاب الخلع - حيث قال: «والطلاق لا يقبل الشرط قال ابن الرفعة»: معناه - لا يقبل الشرط في الوقوع وإن قبله في الإيقاع - والفرق بينهما يتضح بالمثال، فإنه لو قال: أنت طالق بشرط أن لا تدخلي الدار أو على أن لا تدخلي الدار، وقع في الحال - وإن لم يوجد ذلك، ولو

---

(١) في «ب» الطلاق.
(٢) في «ب» فليست.
(٣) في «ب» يقين.
(٤) في «ب» فإن.
(٥) في «ب» ورد.
(٦) في «ب» كان.
(٧) في «ب» زيادة «الحائض».
(٨) سقط في ب.
(٩) سقط في «ب».
(١٠)في «ب» زيادة «بلا بالشرط».

قال: أنت طالق إن دخلت الدار لم تطلق حتى تدخل «انتهى».

والغزالي ـ رحمه الله ـ توصل بذلك إلى قوله: «في قول الزوج: أنت طالق على أن لي عليك كذا ـ أنه يكون رجعياً» قال: «لأن الشرط في الطلاق ـ يلغو إذا لم يكن من قضاياه، كما إذا قال: أنت طالق على أن لا أتزوج بعدك، فأما ذهابه إلى كونه رجعياً فالصحيح خلافه.

وأما معنى قوله: «الشرط في الطلاق يلغو» فما ذكرناه عن ابن الرفعة والحاصل: أن الطلاق ـ بعد وقوفه ـ لا يقف على شرط لأن وقوفه عن الوقوع مع وقوعه محال، وهذا بخلاف ما لو نجز الوكالة وعلق التصرف على شرط فهو توكيل صحيح، وهو إيقاع عقد بشرط، فمثل هذا لا يكون في الطلاق، فإن المرأة لا تكون مطلقة ثم يكون طلاقها الواقع واقعاً على شرط.

تنبيه: ما ذكرناه ـ من توجيه قول الغزالي: «الطلاق [لا يقبل][1] الشرط في الإيقاع لكن في الوقوع والبيع عكسه» ـ وهو أقصى ما ذكره المفسرون لكلامه، ومنهم الوالد رحمه الله غير أنه قال: «لا يلزم من هذا ما قصده الغزالي من جعل ـ طلقتك على أن لي عليك ألفاً ـ رجعياً، فإنه إذا أوقع الطلاق ـ [مع][2] هذا الشرط ـ لم يوقعه مطلقاً، فلا يقع رجعياً، بل يقع كما أوقعه ـ على جهة المعاوضة ـ وهذه الصيغة صالحة لأن تستعمل في المعاوضة بخلاف ما إذا ذكرها شرطاً مجرداً ـ من غير معاوضة».

قلت: وهذا حق، ويدل عليه أنه لو قال: بعتك على أن تعطيني عشرة، صح البيع ـ كما صرح به الرافعي في الباب الثاني من كتاب الصداق ـ فنزل قوله: «على أن تعطيني» منزلة باء العوضية، فكذلك ينبغي أن ينزل هنا ذلك، وعبارة الغزالي ـ في باب الخلع أوائل الباب الثالث ـ «والطلاق لا يقبل الشرط» انتهى، وفي حواشيه ـ وأظنه من كلام ابن الصلاح الشرط على قسمين: شرط تعليقي، وشرط إلزامي، فالطلاق يقبل التعليق والعوض، ولا يقبل الشرط الإلزامي، بخلاف البيع، فإنه لا يقبل التعليق، ويقبل الشرط الإلزامي، كقوله: بعتك هذا العبد بشرط أنه كاتب» انتهى.

---

(١) سقط في «ب».

(٢) في «ب» «من».

فائدة تتعلق بهذا:

قال شيخ الإسلام ـ عز الدين بن عبد السلام ـ في مجموع له ما نصه: مسألة الأفعال على قسمين:

منها: ما يقبل الشرط والتعليق عليه كالصوم على رأي الإمام الشافعي رضي الله عنه، فإنه يقبل الشرط، بأن يشرع في الصوم ويقول: إن أبطلته بطل ـ والتعليق عليه ـ بأن يقول: إن فعلت كذا فعلي صوم. ومنها ما لا يقبل التعليق ويقبل الشرط وهو البيع فيبيع ويقول لي الخيار ثلاثاً ولا يقبل «إن جاء فلان فقد بعتك»، لأن هذا الشرط أثبته الله تعالى في أصل البيع فحصل باشتراطه.

والطلاق عكس هذا ـ يقبل التعليق ولا يقبل الشرط ـ كما لو قال أنت طالق على أن عليك ألفاً، فإنه لا يلزمها شيء.

ومنها: ما لا يقبل الشرط ولا التعليق عليه.

أما الشرط: فإذا تزوجها على أن لا نفقة لها، فإن الشرط يسقط. وأما التعليق: فأن يقول: إذا جاء فلان فقد تزوجتك.

قاعدة: ذكرها ابن القاص في تلخيصه، فتبعه عليها الشيخ أبو حامد في «الرونق» والمحاملي في «اللباب» والروياني في «الفروق»، والجرجاني في «المعاياة» وأكثر من صنف في هذا النوع كل من علق طلاقه بصفة، لم يقع طلاقه ـ ذاك المعلق ـ من غير وجود الصفة إلا في أربع مسائل:

إحداها: أن يقول ـ لحامل أو صغيرة أو آيسة أنت طالق للسنة أو للبدعة فيلزمه [من ساعته][(1)] لأنه لا سنة لهن ولا بدعة، قال ابن القاص: «هذا نص قوله» قلت: يعني حكم المسألة، إلا أن الشافعي رضي الله عنه نص ـ هنا ـ على أن الطلاق معلق وأنه وقع بدون الصفة فإن ذلك لم يتقدم أحد به ابن القاص فيما أحسب، وستعرف ما فيه.

فائدة: «كل رجعية يجوز رجعتها في عدتها» قال الجرجاني: «إلا واحدة، وهي رجعية وطئها المطلق في عدتها ـ وقد بقي عليها قرء واحد ـ فإنه يجب عليها استئناف العدة ثلاثة أقراء، ويجوز مراجعتها في القرء الأول، لأنه بقية عدة الطلاق، ولا يجوز مراجعتها في القرءين الأخيرين، لأنها عدة الوطء ـ بالشبهة ـ لا عدة الطلاق».

---

(1) سقط في «ب».

قلت: ولا يصح هذا الاستثناء. لأنها في القرءين الأخيرين غير رجعية، إذ قد حصلت البينونة بانقضاء القرء الثالث، ولكن تصوير «رجعية لا يجوز رجعتها في عدتها» بقي الرجعية الحامل من مطلقها، إذا وطئت بشبهة فإن الزوج ليس له رجعتها في مدة اجتماع الوطء بها ـ كذا قاله الروياني فيما نقله الرافعي عنه ـ قال: «لأنها حينئذٍ خارجة عن عدة الأول، وفراش لغيره، فلا تصح الرجعة في تلك الحالة، واستدركه على إطلاق الأصحاب «أن للزوج رجعتها قبل الوضع».

قاعدة: «ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام»[1].

وهذا رواه جابر الجعفي «حديثاً» ـ وجابر ضعيف ـ عن الشعبي عن ابن مسعود، وهو منقطع ـ قاله البيهقي ـ والأمر كما قال: وعورض ـ أيضاً ـ بما رواه ابن ماجة والدارقطني من حديث ابن عمر «لا يحرم الحرام الحلال».

وليس بمعارض، لأن المحكوم به ـ في الأول ـ إعطاء الحلال حكم الحرام تغليباً واحتياطاً، ولا صيرورته ـ في نفسه ـ حراماً، ومن ثم لو اشتبهت منكوحته بأجنبيات محظورات لم تحل، وإذا أكل الكلب المعلم من الصيد ـ في موضعه ـ فالصحيح يحرم، لحديث عدي بن حاتم[2]، ورجح الجمهور التحريم فيما إذا أصاب صيداً وغاب ثم وجده ميتاً ـ وليس فيه أثر غير سهمه ورجح النووي الحل.

وشذ عن القاعدة مسائل:

منها: إذا رمى سهماً إلى طائر فجرحه ووقع ثم وجد ميتاً، فإنه يحل.

ومنها: إذا كان الثوب منسوجاً من حرير وكتان وكانا على السواء، فإنه حلال في الأصح.

ومنها: إذا اختلط ملكه بملك غيره وعسر التمييز، كما إذا اختلطت حمامة واحدة

---

(١) تقدمت هذه القاعدة برمتها قبل قاعدة سد الذرائع.

(٢) انه قال: قال لي رسول الله ﷺ إذا ارسلت كلبك المعلم فاذكر اسم الله تعالى فإن أمسك عليك فأدركته حياً فاذبحه وإن أدركته قد قتله ولم يأكل منه فكله وإن أكل فلا تأكل فإنما أمسك على نفسه، وإن وجدت مع كلبك كلباً غيره وقد قتل فلا تأكل فإنك لا تدري أيهما قتله، وإذا رميت بسهمك فاذكر اسم الله فإن غاب عنك يوماً فلم تجد فيه إلا أثر سهمك فكل إن شئت وإن وجدته غريقاً في الماء فلا تأكل. البخاري ١ / ٢٧٩ في الوضوء حديث (١٧٥) وفي ٩ / ٦٠٩ في الذبائح والصيد حديث (٥٤٨٣) وفي ٩ / ٦١٠ (٥٤٨٤) (٥٤٨٦) ومسلم ٣ / ١٥٣١ في الصيد والذبائح (٦ / ١٩٢٩).

بحماماته، فله أن يأكل - بالاجتهاد - واحدة واحدة حتى تبقى واحدة كما لو اختلطت ثمرة الغير بثمره.

والذي حكاه الروياني «أنه ليس له أن يأكل واحدة منها حتى يصالح ذلك الغير أو يقاسمه» هذا لفظ الروضة والذي اعتقده أن اختلاط ثمر الغير بثمره يطرقه الخلاف في الحمام.

قاعدة: «من جهل حرمة شيء مما يجب فيه الحد أو العقوبة، وفعله، لم يحد وإن علم الحرمة وجهل الحد أو العقوبة، حد، أو عوقب»، ومن ثم وجب الحد على من شرب الخمر عالماً بتحريمها جاهلاً وجوب الحد دون من شربها يظنها خلاً أو يعرفها خمراً ولكن يحسبها حلالاً - إذا كان مثله ممن يجهل ذلك.

وظهر ضعف سؤال من قال: «كيف لا يخرج الشافعية - في وجوب القصاص في المثقل - وجهين، إقامة لخلاف أبي حنيفة (رحمه الله) فيه مقام الشبهات الدارئة للحدود» كما أن لهم وجهاً أن وطء المرتهن الجارية المرهونة بإذن الراهن لا يوجب الحد - وإن علم التحريم - لما روي عن عطاء بن أبي رباح من تجويز إعارة الجواري والوطء بالإذن».

قال هذا السائل: «فاعتبار خلاف أبي حنيفة أولى من اعتبار خلاف عطاء».

وهذا سؤال: ساقط، يظهر ضعفه بتأمل لفظ القاعدة، فإن هذا الوجه - على ضعفه - إنما قال: «خلاف عطاء شبهة، لقوله «بالحل لا بالحرمة - مع سقوط الحد وهو حق [**وإليه أشار أبو سعد الهروي بقوله في غوامض الحكومات الصحيح من مذهبنا أن الشبهة العاملة في درء الحد، تنشأ عن قوة تقابل الأدلة، لا عن مجرد اختلاف أهل العلم» انتهى**][1].

وأبو حنيفة لم يقل بحل القتل بالمثقل، ولا يقول بذلك أحد، وإنما قال بسقوط القصاص، فكان القاتل بالمثقل عالماً بالحرمة جاهلاً بالعقوبة، فلا ينفعه جهله بها، بخلاف الجاهل بالحرمة - من أصلها - ولو أثر الجهل بالحرمة حتى في الضمانات التي أصلها على أن لا يفرق الحال فيها بين العلم والجهل - فلم يؤثر التعزير فيها - مع العلم بالتحريم.

---

(١) سقط من «أ» والمثبت من «ب».

قال الأصحاب - في غاصب أمر غيره بإتلاف المغصوب أو إحراقه ونحوهما، ففعله جاهلاً بأنه غاصب - «أن المذهب القطع باستقرار الضمان على المتلف وأنه لا يخرج على القولين في الأكل من الغاصب، لأن ما فعل هذا حرام، بخلاف الأكل، ولا أثر للتعزير مع التحريم».

وشذ عن القاعدة مسائل:

منها: إذا قتل من يعتقد عدم مكافأته، كحر يقتل عبداً، أو مسلم يقتل ذمياً ثم تقوم البينة بأنه كان قد أعتق، أو أسلم، فلا قصاص عليه - على قول.

ومنها: وطىء جارية ظنها مشتركة بينه وبين غيره، فإذا هي غير مشتركة وقلنا بالصحيح - وهو أنه لا يجب الحد بوطء المشتركة - فهل يجب الحد هنا؟ تردد فيه الإمام، ورجح النووي وجوبه، لأنه علم التحريم فكان من حقه الامتناع.

ومنها: إذا وطأ الجارية مشتريها بشراء فاسد - لكون الثمن خمراً أو لاشتمال العقد على شرط فاسد - فلا حد، لاختلاف العلماء في حصول الملك بالبيع الفاسد - مع أنه لم يبح أحد الوطء فيه - ومن ثم استشكل الإمام عدم الحد.

ومنها: لو بادر أحد ابني المقتول وقتل الجاني بغير إذن الآخر، قبل عفوه فالأظهر لا يجب القصاص للشبهة، والأصح أن الشبهة كونه صاحب حق في المستوفى. وقيل: قول بعض علماء المدينة: «ان انفراد كل من الورثة جائز» والقول الثاني: انه يجب القصاص، فعلى هذا يقع الاستثناء، فإن بعض علماء المدينة قال: بالحل كما عرفت، ثم لم يعتبر خلافه.

ضابط مسائل الخلع

فإن منها ما يقع الطلاق فيه بالمسمى.

ومنها: ما يقع بمهر المثل.

ومنها: ما يقع رجعياً.

ومنها: ما لا يقع أصلاً.

قال الشيخ الإمام الوالد رحمه الله: «فالذي يقع الطلاق فيه بالمسمى أن تكون الصيغة والعوض صحيحين. والذي يقع بمهر المثل: أن تكون الصيغة صحيحة والفساد في العوض. والذي يقع رجعياً: هو الذي يكون الفساد فيه من جهة الصيغة ويكون الطلاق فيه من جهة الزوج منجزاً.

والذي لا يقع: هو الذي يكون الطلاق فيه معلقاً ولم يوجد شرطه.

قاعدتان: عزاهما الرافعي - في كتاب الظهار - إلى الأئمة فذكر أنهم قالوا: «ما يقبل التعليق - من التصرفات - يصح إضافته إلى بعض محل التصرف» وأخصر من ذلك قول الغزالي في «الوجيز»: «ما يقبل التعليق يكمل مبعضه قالوا»: وما لا يقبله لا يصح إضافته إلى بعض المحل».

فمن مسائل القاعدة الأولى:

الطلاق والعتق.

ومنها: الحج فإن تعليقه بحاضر يصح، كقوله: أحرمت كإحرام زيد. وكذا بمستقبل بأن يقول: إذا أحرم فأنا محرم، أو إذا طلعت الشمس - على وجه مال الرافعي إلى ترجيحه حيث قال: «وقياس تجويز تعليق أصل الإحرام بإحرام الغير، تجويزه»، ولكن نازعه الشيخ الإمام وقال: قوله «أنا محرم كإحرام زيد لا تعليق فيه بحاضر ولا مستقبل، بل جازم بإحرام بصفة إنما التعليق بالحاضر أن يقول: إن كان محرماً فقد أحرمت، وهو لا يصح».

قلت: وهو حسن، وبتمامه لا تدخل المسألة فيما نحن فيه، إذ لم يكن لنا حج معلق، غير أن الأصحاب يلقبون مسألة - الإحرام بإحرام زيد - بمسألة تعليق الإحرام، وكأنهم يعنون أن المعلق خصوص الإحرام، لا عمومه فلذلك صح العموم، والذي نقله الشيخ الإمام رحمه الله عمومه لا خصوصه، فلذلك قال: «لو كان تعليقاً لما صح»، وبيان ذلك أنه إذا قال: أحرمت بإحرام زيد، فهو كما قال الشيخ الإمام - جازم بأصل الإحرام لكنه - كما قال الأصحاب - معلق، لخصوص كونه بإحرام زيد، وهو كما فصل علي «كرم الله وجهه» ولذلك يقول الأصحاب - فيما إذا لم يكن ذلك الغير محرماً أنه ينعقد أصل الإحرام، وما ذاك إلا لأنه لا تعليق فيه، وبهذا صرح القاضي أبو الطيب، في «التعليقة» حيث حكى وجهين فيما إذا علق الإحرام بطلوع الشمس ثم قال: «ويفارق قوله: إحراماً كإحرام زيد، لأن أصل الإحرام انعقد في الحال، وإنما علق صفة على شرط يوجد في ثاني الحال، فلم يضره» انتهى.

وإذا تجلى لك ذلك علمت أنه لا إحرام معلق كما حاوله الشيخ الإمام، بل صفة فيه - كما قررناه - لكن كلام الرافعي صريح في تسميته تعليقاً، وسبقه جماعة - منهم

صاحب البحر ـ فسوى بين أنا محرم غداً أو أحرمت كإحرام زيد، ثم قال صاحب البحر: «وعلى هذا قال أصحابنا: لو قال أحرمت يوماً أو يومين، صح وانعقد مطلقاً كالطلاق، ولو قال: أحرمت بنصف نسك انعقد بنسك كامل كما لو قال: أنت طالق بنصف طلقة».

ونقل النووي هذا في «شرح المهذب»، وقال: «إن فيه نظراً وأنه ينبغي ألا ينعقد، لأن الحج من باب العبادات، والنية الجازمة من شروطها، بخلاف الطلاق، لبنائه على الغلبة والسراية وقبول [**الأخطار**][1] والتعليق». فإن قلت ـ معترضاً على النووي ـ لو كان كما ادعيت من أنه لا بد فيه من نية جازمة، لما قبل التعليق، وقد قال الأصحاب: بأنه يقبله، وأنت من جملتهم إذا صححت قول المرء: «أحرمت كإحرام زيد»، وسميته تعليق الإحرام، وبذلك صرح صاحب التتمة حيث قال: «إذا صح تعليقه بإحرام الغير صح تعليقه بالشرط كالإطلاق»[2].

قلت: لا مخلص عن هذا الاعتراض إلا بما قاله الشيخ الإمام من أنه لا تعليق في قولنا: أحرمت كإحرام زيد وقضية هذا [أن][3] لا يصح قوله: أحرمت بنصف نسك ـ وإليه أشار النووي، وقول الروياني ـ انه يصح ـ جار على أصله من أن ـ أحرمت كإحرام زيد ـ تعليق، والقاعدة أن ما قبل التعليق يصح إضافته إلى بعض محله.

قال الأصحاب: ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا مسألة واحدة، وهي: الإيلاء يقبل التعليق ـ مع كونه لا يصح إضافته إلى بعض ذلك المحل إلا الفرج[4]. قال القاضي شرف الدين البارزي[5]: والوصية يصح تعليقها ولا يصح أن تضاف إلى المحل.

قلت: وثالثة: وهي التدبير يصح تعليقه، بل لا يكون إلا كذلك، ولو قال: دبرت يدك أو رجلك لم يصح ـ على أحد الوجهين.

وأما القاعدة الثانية: وهي أن ما لا يقبل التعليق لا تصح إضافته إلى بعض ذلك المحل كالنكاح والرجعة ـ فيستثنى منها مسائل:

منها: الكفالة لا يصح تعليقها ويصح إضافتها إلى بعض المحل على الأصح فيهما [**وينعكس على وجه**][6] فيما لو اتحد العامل.

---

(١) في «ب» الاحتكار.
(٢) في «ب» الإطلاق.
(٣) سقط في «ب».
(٤) في ب «للفرج».
(٥) في ب زيادة «وثانية وهي».
(٦) سقط في «ب».

ومنها: القذف لا يعلق، فلو قال: [إذا][1] دخلت الدار فأنت زان لم يكن قاذفاً، ولو قال: زنا قبلك أو دبرك كان قاذفاً.

ومنها: تعليق الفسخ غير جائز ـ ذكروه في نكاح المشرك، ولو اشترى عبدين فوجد بأحدهما عيباً وقلنا: لا يفرد المعيب بالرد فرده كان رداً لهما على أحد الوجهين.

ومنها: لا يصح تعليق الرجوع، في التدبير ـ إن قلنا: يرجع بالقول كما جزم به الرافعي، ولو قال: أرجعت في رأسك ففي كونه رجوعاً في جميعه وجهان في الحاوي.

قاعدة: قال القفال رحمه الله: كل كفارة سببها معصية فهي على الفور وهذا وإن أطلقه القفال إطلاقاً ـ ففيه خلاف سيحكيه هو نفسه فإنا سنحكي عنه وجهين:

نقول: انهما جاريان في كل كفارة وجبت بعدوان، بل ليس هو جارياً على الصحيح، في كل الصور، إذ صريح كلام الرافعي ـ في غير موضع من الظهار أن كفارة الظهار على التراخي والظهار معصية.

وقد يدفع هذا بأن السبب هو العود أو مجموعهما ـ على الخلاف في ذلك والعود ليس بحرام غير أن هذا إن اعتذر به عن كفارة الظهار، فما الاعتذار عن بقية الكفارات؟

وظاهر كلام الرافعي أن الكل على التراخي، إذ قال في الموسر لا يجد الرقبة: «ليس له العدول إلى الصوم في كفارة القتل واليمين والجماع في نهار رمضان، بل يصبر» قال: «لأن الكفارة على التراخي» قال «وفي كفارة الظهار وجهان: لتضرره بفوات الاستمتاع» وللشيخ الإمام الوالد رحمه الله بحث نفيس ذكره في تفسير سورة [2] المجادلة عند ذكر هذه القاعدة.

ومن فروع القاعدة ما قرره الرافعي في كتاب الصداق من أنه «لا يجوز لولي الصبي أن يعتق عنه من ماله في كفارة القتل» فإن ذلك قد يوجه بأنه لا معصية من الصبي، فلا فورية، فلا يعتق الولي، ويؤيده قول الرافعي ـ أيضاً ـ في الحج فيما إذا وجبت الفدية على الصبي، أنه ليس للولي أن يكفر عنه بالمال، لأنه غير متعين ـ على القول بجواز افتدائه بالصوم ـ لكن الذي صرح به القاضي الحسين في [كتاب][3] الوصية والبندنيجي في الأيمان، واقتضته عبارة الإمام واقتصر عليه الرافعي والنووي في

---

(١) في «ب» إن.

(٢) سقط في «أ» والمثبت من «ب».

(٣) سقط من «ب».

باب كفارة القتل أن الولي يعتق عنهما وبذلك يحصل في جواز تكفير الولي من [مال][1] الصبي بالعتق خلاف، قال ابن الرفعة: «قد يجري في المجنون، وقد يقال: لا، بل يقطع بالجواز إذا كان جنونه مطبقاً، لأنه ليس له غاية تنتظر بخلاف الصبي «قال»: والأشبه إن كان القتل منها في صورة الخطأ منع الإخراج في الحال، لعدم الفورية، وإن كان في صورة العمد ـ وقلنا انه كان لخطأ ـ فكذلك، وإن قلنا: كالعمد فيخرج منه خلاف على أن ذلك يجب على الفور أم لا؟ كما هو مذكور في كتاب الحج».

قلت: حاصل كلام ابن الرفعة أنه إذا كانت الكفارة على التراخي تمنع الولي من الكفارة في العتق، وهذا فيه نظر [إذ][2] لا يلزم من عدمه الفورية وجوب التأخير، بل المبادرة ـ حينئذٍ ـ قد يقال: انها أولى كما في كل واجب على التراخي، وكما يجوز له أن يوفي دينه، وإن لم يطالب صاحب الدين بالوفاء وقلنا: والحالة هذه ـ انه لا يجب إلا بالطلب طلباً لبراءة ذمته فالذي أراه جواز إعتاق الولي من مال الصبي في الحال ـ وإن كان في صورة الخطأ.

ومنها: لو أفسد الحج ووجب القضاء، فالأصح أنه على الفور، قال القفال: «والوجهان جاريان في كل كفارة وجبت بعدوان» قال: والكفارة بلا عدوان على التراخي قطعاً...

قاعدة: «لا يجوز للمسلم أن يدفع مالاً إلى الكفار المحاربين».

قال الشيخ أبو حامد: «إلا في ثلاث صور».

قلت: وهي أكثر.

منها[3]: إذا أحاط العدو بالمسلمين وفيهم ضعف عن مقاومتهم.

ومنها: إذا كان في يد الكفار أسرى من المسلمين، فيجوز افتداؤهم منهم بالمال، قال الروياني: وفي وجوبه وجهان: أصلهما المضطر إلى الميتة. هل يجوز له الأكل، أو يجب؟

قلت: إن كان محل الوجهين في الآحاد فهو غريب، والمجزوم به ـ في الرافعي والروضة وغيرهما ـ أن فداء الأسير مستحب، وإن كان في الإمام فأغرب وأغرب بل الوجه الجزم بالوجوب، والتخريج على أكل الميتة ضعيف، فإن فوات نفس المضطر ـ

---

(١) في «أ» مسائل. (٢) في «ب» فإن. (٣) في «ب» فمنها.

على الإيمان ـ أسهل في نظر الشرع من بقاء المؤمن تحت ذل الأسر في أيدي الكفار، ولا سيما من يخشى عليه فتنة الدين.

ومنها: لو قال الأسير للكافر: أطلقني على كذا ففعل، أو قال الكافر افتد نفسك بكذا ففعل، لزمه ما التزم.

ومنها: إذا جاءت امرأة ـ من الكفار ـ مسلمة في زمن الهدنة وكانت مزوجة فيهم، فإن الإمام يغرم مهرها ـ على قول ضعيف ـ والصحيح خلافه.

ومنها: مسألة العلج[1] فإذا قال كافر للإمام: أدلك على قلعة كذا على أن تعطيني منها كذا، فعاقده على ذلك جاز.

قاعدة: ذكرها القاضي الحسين، وتبعه كثير من الخراسانيين منهم الغزالي في كتاب الكفارات، والرافعي في باب الردة ما يصير المسلم به كافراً إذا جحده ـ يصير الكافر به مسلماً إذا اعتقده.

قال القاضي: «إلا في مسألة وهي: اليهودي إذا قال: عيسى رسول الله ﷺ [فإنا لا نحكم][2] بإسلامه، لأن قوماً من الكفار ـ وهم النصارى ـ يقولون به، والمسلم إذا جحد نبوة عيسى، كفر.

قلت: وفي مسألة اليهودي قول انه إذا أقر برسالة عيسى عليه السلام يجبر على الإسلام، لأن المسلم لو جحد رسالته كفر ـ حكاه الرافعي عن نقل البغوي، وقد جزم البغوي ـ قبله ـ بأن اليهودي لا يحكم بإسلامه ـ وإن قال: لا إلّه إلا الله ـ حتى يقر بأن محمداً رسول الله، ونقله عنه الرافعي.

واعلم أن قول النصراني ـ الذي يعتقد أن رسالة نبينا ﷺ خاصة: محمد رسول الله كقول اليهودي: لا إلّه إلا الله.

فائدة: من ملك العفو عن القصاص في النفس، ملك العفو عن المال إلا أن يثبت القصاص دون المال وذلك في مسائل: ولك أن تقول: لا يثبت قصاص يمتنع الانتقال عنه إلى المال إلا في مسائل حصرها الجرجاني في أربع [مسائل][3].

منها: إذا قطع يدي رجل فاقتص منه فيهما ثم سرى القطع إلى النفس، فليس له بعد ذلك إلا القتل، ولا دية له.

---

(١) في «ب» الصلح. (٢) في «ب» فإنه لا يحكم. (٣) سقط في «ب».

ومنها: إذا كان لرجل عبدان فقتل أحدهما الآخر، فللسيد أن يقتله، وليس له العفو على مال، إذ لا يثبت له عليه [مال][1] إلا في الكتابة.

ومنها: قطع يهودي يدي مسلم فاقتص منه فيهما ثم سرت إلى نفس المسلم، فلوليه أن يقتص من اليهودي، وليس له أن يعفو على مال ـ على الأصح ـ لأنه قد أخذ يدي اليهودي بإزاء يديه، فلم يبق له شيء من الدية وكالمسألة الأولى وفي الوجه الآخر له ثلثا الدية، لأنه يثبت له دية المسلم، وقد أخذ يدي يهودي، فقيمتهما ثلث الدية، فيبقى الثلثان

قلت: وهذا الوجه هو الذي صححه الرافعي والنووي.

ومنها: أن تقطع امرأة يدي رجل فيقتص منها فيهما ثم يسري القطع إلى نفسه، فلوليه أن يقتص منها، وليس له أن يعفو على مال في الأصح عند الجرجاني (وصحح الرافعي والنووي أن له نصف الدية).

هذا ما استثناه الجرجاني ولا يخفى أنه في الصورة الأولى يثبت له أن يعفو على الدية، ولكنه اختار القصاص، فسقطت الدية، ولم يعد لما صارت الجناية نفساً. ويمكن أن يصور[2] قصاص ثبت ولا دية معه بالكلية فيما إذا قطع يدي شخص ثم حز رقبته، فحز الرقبة موجب للقصاص دون الدية، لأنها ثبتت بقطع اليدين، فلما صارت الجناية نفساً سقطت.

ثم اعلم أن وراء ما ذكر الجرجاني صوراً.

منها: إذا قتل المرتد مرتداً فإن القصاص واجب ـ على الأصح ـ وفي الدية وجهان: أرجحهما ـ على ما اقتضاه إيراد الرافعي ـ عدم الوجوب.

ومنها: إذا قتل ذمي مرتداً، فالأظهر القصاص وعلى القول بوجوبه فلا دية على الأصح.

ومنها: العبد المرهون إذا جنى على طرف سيده، فلسيده القصاص، والصحيح أنه ليس له العفو على مال، لأن السيد لا يثبت له على عبده مال، وقال ابن سريج: «له العفو على المال ويتوصل به إلى فك الرهن».

وهنا سؤال حسن نتوصل إلى ذكره بذكر مسألة ترشد إليه فنقول: إذا باع أحد

---

(١) سقط في «ب».

(٢) في «ب» زيادة «قصاص».

الشركاء نصيبه من العقار لأحدهم - كما إذا كان العقار بين ثلاثة أنفس أثلاثاً - فباع أحدهم نصيبه من أحد شريكيه فللآخر أخذ السدس فقط كما لو كان المشتري أجنبياً هذا هو الصحيح، وقال ابن سريج: «له أخذ جميع الثلث، لأنا لو جعلنا للمشتري أن يأخذ بالشفعة كان[1] له أن يأخذ من نفسه ملك نفسه.

فإن قلت: كيف قال الأصحاب - هنا - بأن له أن يأخذ من نفسه وقالوا في الرهن: لا يثبت له دين على عبده، وكيف عكس ابن سريج؟ قلت: لم يقل الأصحاب - هنا - «ان له أن يأخذ من نفسه» وإنما له دفع الشريك عن الأخذ عن نفسه، لأن الشفعة إنما ثبتت لدفع الضرر، ولو أخذه الشريك لتضرر، ودفعه الضرر عن نفسه فالأخذ ممكن وهناك يلزم ثبوت المال له على ملكه، وهو مستحيل، وابن سريج عكس، وهو على طريقه واضح لأنه يقول - في الشفعة: أنه يلزم منه أن يأخذ من نفسه - [على][2] [تصويره][3] هو فلذلك منع وأما في الجناية، فلأنه لو لم يثبت له ذلك لأدى إلى حصول المحذور وهو فوات حق الجناية بالكلية، ويقدم المرتهن.

قاعدة: قال الإمام في كتاب الصداق في الكلام على التفويض «ومن الأقيسة الجلية الكلية في قواعد الشرع أن من تملك إسقاط العوض بعد ثبوته له، إذا سلط على إتلاف المعوض كان تسليطه عليه متضمناً إسقاط العوض».

ولذلك نقول: إذا قال مالك العبد لإنسان: اقتله، فقتله، لم يلزم القاتل للمالك - الآذن - عوضاً، وكذلك إذا قال للجاني اقطع يدي، فإذا قطعها، لم يلزم عوضاً.

ذكرها توجيهاً لقول القاضي: ان المفوضة إذا قالت لزوجها: طأني ولا مهر عليك، أنه لا يمتنع أن نقول: إذا وطئها لا يجب المهر «قال: وخرج القاضي - هذا - على قول الشافعي فيما إذا قال [الراهن للمرتهن][4] أذنت لك في جماع هذه الجارية المرهونة، فواقعها ظاناً الحل، فلا مهر».

قلت: وليقع النظر - هنا - في مسائل.

منها: ذهب الإمام فيما إذا حفر الغاصب بئراً ومنعه المالك من طمها أن منعه ليس رضا بها، وخالفه المتولي. وهي قضية هذه القاعدة.

---

(١) في ب «لكان».
(٢) في ب زيادة «على ما».
(٣) في «ب» يصوره.
(٤) في ب «تقديم وتأخير».

ومنها: لو أذن أحد الشريكين للآخر في وطء الجارية المشتركة، لم يمتنع المهر ـ مع أنه سلطه على إتلاف المعوض.

قلت: هذه تستثنى من القاعدة ـ مع ما فيها من أن المأذون فيه ليس محض حق الإذن.

قاعدة: «الاعتبار في تصرفات الكفار باعتقادنا لا باعتقادهم».

خلافاً لمالك رحمه الله وبعض أصحابنا ـ كما تدل عليه فروعهم، وجزم الوالد رحمه الله ـ في كتاب كشف الغمة ـ بالأول وقال: [لا][1] يثبت لنا قط في مسألة من المسائل ـ أن اعتقادهم يؤثر في حل ولا حرمة ولا ملك ولا عدم ملك «قال»: وقد نص الشافعي والأصحاب [رضي الله عنهم][2] ـ على الكتابي لو ذبح حيواناً يرى تحريمه ـ كالإبل ـ ونحن نرى حله، جاز لنا أكله، خلافاً لمالك: «قال»: وهذا مما يدل على أنه لا اعتبار باعتقاده أصلاً قال: وتردد العلماء في أن ذلك يكون حراماً عليهم ـ لا بشرعهم ـ بل بكونهم لم يؤمنوا، أو لا يكون [حراماً][3] عليهم، لأنه قد نسخ قال وكلام الشافعي [رضي الله عنه][4] يقتضي الثاني وأطال الشيخ الإمام في تقرير القاعدة. وعلى القاعدة يتخرج مسائل:

منها: إذا أتانا الذمي بما نتيقن أنه من ثمن خمر عن الجزية، قال مالك رحمه الله: يـؤخذ، وقال أصحابنا: لا يؤخذ، وحكوا وجهين فيما إذا كان لمسلم على ذمي دين، فباع الذمي خمراً بحضرته، وقبض ثمنها ودفعه إلى المسلم عن دينه، هل يجبر على قبوله؟ أصحهما عند المشايخ الثلاثة ـ الرافعي والنووي والوالد (رحمهم الله) ـ أنه لا يجبر، بل لا يجوز له القبول، [قال الوالد رحمه الله ورأيته منصوصاً في «الأم»][5] قال: وقطع به الغزالي وجعل محل الوجهين إذا قال: إنها من ثمن خمر، لأنه قد يكذب «قال الشيخ الإمام والصواب إثبات الوجهين» ثم جعل الشيخ الإمام الوجهين خلافاً في أنه هل تملك تلك الدراهم، وقال: «الأصح أن ثمن الخمر لا يملك ولا يجوز قبـوله، وينبغي إجراء الوجهين في الذمي يحضر ثمن الخمر عن الجزية».

ومنها: إذا ذبح الكافر حيواناً وفتش كبده [فوجده][6] ممنواً، أي ملصوق الكبد

---

(١) في ب «لم».
(٢) سقط في «ب».
(٣) في ب «محرماً».
(٤) سقط في «ب».
(٥) سقط في ب.
(٦) في ب «فوجد».

بالأضلاع. قال مالك: يحرم لكونه حراماً عندهم، وقال أصحابنا: لا يحرم.

ومنها: لو غصب ذمي ذمية واتخذها زوجة ـ وهم يعتقدون غصبها نكاحاً ـ لم يقر، لأن على الإمام دفع قهر بعضهم بعضاً، بخلاف الحربي والمستأمن، فإن الصحيح التقرير، إذ ليس فيه إلا إقامة الفعل مقام القول، فأشبه سائر وجوه الفساد.

وقال القفال: «لا يقر، إذ لا عقد» وقول القفال ـ هذا ـ أقرب إلى هذه القاعدة.

ومنها: لا فرق عندنا ـ في حل ذبائح أهل الكتاب ـ بين ما اعتقدوا إباحته كالبقر والغنم أو تحريمه كالإبل، خلافاً لمالك رحمه الله.

وقد قدمنا المسألة ولا بين من يعتقد من اليهود أن عزيراً ابن الله ومن النصارى أن المسيح ابن الله أو لا كما قال الأكثرون من أصحابنا فيما نقل الماوردي، وحكى وجهاً آخر ـ أنه لا تحل ذبائحهم قال: «وهو الأظهر عندي، وبه أقول، لأن هؤلاء كالمرتدين فيما بين اليهود والنصارى وليس هذا من أصل دينهم الحق».

ويستثنى من القاعدة مسائل:

منها: نكح مشركة مفوضة، وهم يعتقدون أن لا مهر للمفوضة بحال ثم أسلما فلا مهر ـ وإن كان إسلامها قبل الدخول، لأنه استحق وطأً بلا مهر.

قاعدة: المماثلة في القصاص مرعية بمعنى أن من قتل بفعل من الأفعال فولي الدم بالخيار بين أن يستوفي بالسيف أو بمثل فعله وهذه قاعدة بالغ أصحابنا في المحافظة عليها بحيث انتهوا إلى أن قالوا إنا إذا قلنا يستوفي القصاص في الجائفة فلو قال أجيفه ثم أعفو عنه إن لم يمت لم يمكن وإنما يمكن إذا قال أجفته ثم أحز رقبته، وهذا مشهور في المذهب رأيت الشافعي رضي الله عنه نص عليه في الأم ففيها قبل ولاة القصاص ما نصه قال الشافعي رضي الله عنه ولو كانت المسألة بحالها فجرحه جائفة مع قطع يديه ورجليه فمات فقال ورثته فجرحه جائفة ونقتله لم يمنعوا من ذلك وإن أرادوا تركه بعدها تركوه ولو قالوا على الابتداء فجرحه جائفة ولا نقتله لم يتركوا وذلك أنهم إنما يتركون إذا قالوا نقتله بما يقاد منه في [الجناية][1]. أما ما لا يقاد منه فلا يتركون وإياه انتهى. وكذلك هو في مختصر المزني قال الشافعي رضي الله عنه ولو أجافه أو قطع ذراعه فمات كان لوليه أن يفعل مثل ذلك على أن يقتله. وأما على أن لا يقتله فلا يترك وإياه انتهى وأنت إذا وقفت

---

(١) سقط في «ب».

على هذين النصين وتصفحت كتب الأصحاب وتعاليق المشايخ ثـــم رأيت الرافعي قد اقتصر على عزو المسألة إلى تهذيب البغوي قضيت العجب من ذلك.

وإذا عرفت هذا فيستثنى من القاعدة مسائل ضابطها أن تؤدي المماثلة إلى محذور شرعي.

منها: القتل باللواط الأصح يستوفي بالسيف لا بخشبة [تشبه][1] الذكر.

ومنها: الخمر كذلك.

ومنها: السحر.

ومنها: البول.

ومنها: إذا قتله بسيف مسموم بقيت ويمنع من الغسل والدفن ففي القصاص بمثله احتمال وجهين للماوردي.

ومنها: إذا شهد أربعة على محصن بالزنا فرجم ثم رجعوا أو واحد منهم فهل يرجم الراجع أو يتعين السيف أو رجمه فيه وجهان حكاهما القاضي الحسين في باب حد الزنا.

ومنها: إذا ذبح كالبهائم فهل يفعل به مثل ذلك ذكرت في كتابي التوشيح أن الماوردي في الحاوي وغيره اقتضى إطلاقهم عدم ذلك لما فيه من هتك الحرمة وأنه محمول [عندي][2] على ما إذا لم يكن الجاني قد فعل ذلك. أما إذا فعله فالمماثلة جائزة وأقول الآن يحتمل تخريج وجهين في ذلك فيما إذا قتله بمسموم ويمنع من الغسل والدفن لمعارضة حق الله تعالى فإن هتك الحرمة حق الله وقد نهى الشرع عن المثلة لذلك.

قاعدة: من لا مدخل له في الجناية لا [مطالب][3] بجناية جانيها إلا في فرعين لا أحفظ لهما ثالثاً.

أحدهما: العاقلة في ضمان الدية غير أن الدعوى بالدية الواجبة عليهم تكون على الجاني لا عليهم ثم هم مطالبون بعد ثبوتها على الجاني كذا رأيته مصرحاً به في كتاب أدب القضاء لابن القاص في باب صفة اليمين على البت وهو مقتضى قول الرافعي في أثناء النظر الثاني في القسامة من باب دعوى الدم حيث قال وإذا أقسم السيد فإن كانت الدعوى على حر أخذ الدية من ماله في الحال إن ادعى العمد المحض وإن ادعى الخطأ

---

(١) سقط في «ب»　　(٢) في «ب» عندي محمول.　　(٣) في «ب» يطالب.

أو شبه العمد أخذها من عاقلته في ثلاث سنين. انتهى.

فجعل الدعوى على الجاني والمطالبة مختلفة فإن قلت: قد قال الرافعي بعد ذلك بنحو ورقتين مطلق القتل لا يفيد مطالبة القاتل بل لا بد من ثبوت العمدية ولا مطالبة العاقلة بل لا بد من ثبوت كونه خطأ أو شبه عمد.

قلت: كلامه هذا في المطالبة بالواجب ليستوفي منه وهناك في المدعى عليه ويشبه أن يخرج مسألة الدعوى على أن الدية تجب على الجاني ابتداء ثم يتحملها العاقلة أو على العاقلة ابتداء وفي ذلك وجهان.

قال الرافعي ويقال قولان:

قلت: وإنما جعلهما الرافعي وجهين لما حكاه عن الإمام من قوله ليس تردد القول مأخوذاً من نص صاحب المذهب ولكنه مستقى من تصاريف كلامه في التفريعات قال الإمام في النهاية ونظيره كثير فإن النقل تارة لفظاً وتارة من جهة المعنى والاستنباط انتهى.

وقال ابن الرفعة بل هما منصوصان في الأم ثم قال الإمام وقد قدمنا مثل هذا التردد في زكاة الفطر إذا أداها الغير عن الغير وأشرنا إلى قريب منه في كفارة الوقاع في نهار رمضان تفريعاً على أحد القولين.

قلت: وفي تفاريع حلق الحلال رأس المحرم تردد في مثل ذلك الفرع الثاني على قول هو الحلال أو الحرام يحلق رأس المحرم والمحلوق نائم أو مغمى عليه أو مكره فأصح القولين أن الفدية على الحالق والثاني على المحلوق لأنه المرتفق به وعلى هذا فقد طولب بجناية ما لا مدخل له فيها.

أما الصبي المحرم بإذن الولي إذا قتل صيداً فإن الضمان على الولي في الأصح ولكن ذلك لأن للولي مدخلاً حيث أذن ولو صح إيراد هذه الصورة لكان أولى منها السيد بأمره عبده [الأعجمي][1] بقتل شخص والعبد يجني في يد سيده حيث يطالب سيده

(١) في «ب» الأعمى.

بأحد الأمرين من الفداء أو تسليمه في الجناية والمكره يكره إنساناً على القتل ومسائل المتسبب مع المباشر كلها.

قاعدة: قال الجرجاني كل قتل مضمون بأخذ ديته مضمون بالكفارة وكل قتل غير مضمون لا [يوخذ][1].

قاعدة: ذكرها الرافعي في الجراح في مسألة المبادرة وفي باب حد الزنا أيضاً: كل جهة صححها بعض العلماء وحكم بحل الوطء بها فالظاهر أنه لا حد على الواطىء بتلك الجهة وإن كان لا يعتقد الحل.

وهذه القاعدة ذكرها الإمام أيضاً في النهاية في فصل جمع فيه تفاصيل المذهب في الشبهات المؤثرة في دفع الحدود فقال ما نصه: القاعدة المعتمدة في المذهب أن كل جهة صار إلى تصحيحها والحكم بإفضائها إلى الإباحة صائر من أئمة الشريعة فإذا حصل الوطء بها فالمذهب انتفاء الحد وإن كان المقدم عليها لا يرى استحلال الوطء بتلك الجهة انتهى.

وقد أورد الرافعي في باب الزنا أن المذهب وجوب الحد على المرتهن إذا وطىء الجارية المرهونة بإذن الراهن [وقد][2] يعتقد التحريم والمحكي عن عطاء في هذه الصورة الإباحة.

قال الرافعي فقياس هذه القاعدة أن يجعل خلافه شبهة دارئة للحد [**وكأنهم يصححوا**][3] النقل عنه وإن قيل انعقد الإجماع بعده فهذا قد ذكر مثله في نكاح المتعة فيلزم أن يحكم بوجوب الحد انتهى ملخصاً.

وقد ذكر ابن الرفعة في الكفاية والشيخ الإمام في باب الرهن من شرح المهذب أن النقل لم يصح عن عطاء زاد الشيخ الإمام ولو صح فليس بشبهة لضعفه قال والحد لا يدرأ بالمذهب وإنما يدرأ بما يتمسك به أهل المذاهب من الأدلة وليس لعطاء متمسك انتهى.

قلت: وهو حق وإن كان ظاهره يخدش في القاعدة إذ يقال ليس كل جهة حللها بعض العلماء بشبهة بل كل جهة كان لمستند القائل بحلها بعض القوة، وهذا هو

---

(١) في «ب» يوجد. (٢) في «ب» وهو. (٣) في «ب» لم يصححوا.

الصواب فالمأخذ الضعيف لا يلتفت إليه وقد سبق الإمام رحمه الله في النهاية الشيخ الإمام إلى هذا فقال بعد أن ذكر ما نقلناه عنه في هذه القاعدة وبعد أن حكى قولاً للشافعي أن الوطء في المتعة ممن لا يستحله يوجب الحد.

وقال إنه قريب من [القديم][1] في الأملاك المقترنة بالأسباب المحرمة ما نصه والتريب عندنا أن كل عقد ليس فساده من المظنونات وإن عزي إلى بعض الأئمة فيجري هذا القول فيه ونكاح المتعة منه فإن الذي استمر عليه مذاهب علماء الأمة أن نكاح المتعة أبيح ثم نسخ وقد قيل رجع ابن عباس عما ينسب إليه من إباحته وكل عقد لا يمكن القطع بفساده ويلحق الكلام فيه بالمظنونات فهو شبهة لدرء الحد كمذهب أبي حنيفة في نكاح بلا ولي، ومذهب مالك في انعقاده بغير شهود ولا يجري القول الذي ذكرناه في هذا الصنف انتهى.

وحاصله أن المخالف في أمر مظنون يعتبر مخالفته والمخالف في أمر مقطوع أو مقارب للقطع لا يعتبر خلافه وينبغي أن يكون الضابط ما ينقض فيه قضاء القاضي فكل ما لا ينقض يكون عذراً وكل ما ينقض لا يكون عذراً وأما قول الرافعي إنه قيل: انعقد الإجماع بعد عطاء فقد قيل مثله في نكاح المتعة بعد ابن عباس فأنى يستويان وعطاء لم يثبت النقل عنه وابن عباس ثبت عنه ولكن قيل رجع والأصل عدم رجوعه فاعتبار خلافه مستمر على الأصل.

وأما عطاء فالأخذ بقوله أخذ بما لم يثبت ودل الاتفاق بعده على عدمه فتأمل ذلك، فبه يندفع كلام الرافعي، وأيضاً فمتمسك ابن عباس على الجملة أقوى من متمسك عطاء أو أقل ضعفاً فلا يلزم من عدم اعتبار الأضعف عدم اعتبار الضعيف وهذا مستمد من قول الشيخ الإمام الحد لا يدرأ بالمذاهب إلى آخره. ومن مسائل القاعدة.

إذا نكح مجوسية أو وثنية قال البغوي وجب الحد وقال الروياني في جمع الجوامع. [ومودع البدائع][2] لا حد فإن في نكاحها خلاف.

قال الرافعي وهذا هو القياس إذا تحقق الخلاف قال ابن الرفعة وكأنه فهم أن ما أشار إليه الروياني من الخلاف بين الأئمة لا بين أصحابنا وليس الأمر كذلك لأن بعض أصحابنا جوز نكاح المجوسية.

---

(١) في «ب» المنقول القديم. (٢) سقط في «ب».

قلت: ما أدري من أين له أن الرافعي فهم أن الخلاف بين الأئمة [لا بين أصحابنا](١) وليس في الكلام ما يرشد إليه، وكأن ابن الرفعة استبعد أن يكون الرافعي فهم أن الخلاف بين أصحابنا ثم يقال معه بوجوب الحد فإن الخلاف المذهبي أقوى من الخلاف غير المذهبي وهذا غير لازم بل قد يكون خلاف مذهبي في غاية السقوط والأقوال الشاذة قد تكون في المذهب كما قد تكون خارجة وممن ذهب إلى أن للحاكم أن يزوج الحرة المجوسية من أصحابنا القدماء الإمام أبو بكر الفارسي صاحب عيون المسائل نقله أبو عاصم العبادي في الطبقات.

قاعدة: من أتى معصية لا حد فيها ولا كفارة عزر كذا قال صاحب التنبيه وتبعه الرافعي والنووي وغيرهما ولم يشترط الماوردي والغزالي ابتغاء الكفارة وتبعهما صاحب التعجيز.

وقد اشتملت هذه القاعدة على ثلاث دعاوٍ إحداها تعزير ذي المعصية التي لا حد فيها ولا كفارة ويستثنى من ذلك مسائل:

منها: ما لا يفيد فيه إلا الضرب المبرح على ما حكاه الإمام عن المحققين قال لأن الضرب المبرح مهلك فلا سبيل إليه وغيره لا يفيد فلا يفعل وجرى في الروضة على هذا وحذف بحثاً للرافعي صحيحاً أرى أنه عمدة المذهب وهو أنه يشبه أن يضرب ضرباً غير مبرح إقامة لضرورة الواجب وإن لم يفد.

قلت: ويشابه قول المحققين ما نقله الرافعي عن الإمام فيمن قتل نحيفاً بضربات تقتل مثله غالباً وتيقناً أو ظننا ظناً مؤكداً أن الجاني في جسمه وقوته لا يهلك بتلك الضربات أن الوجه القطع بأنه لا يضرب تلك الضربات لأنها لا تقتله وإنما يراعى المماثلة إذا توقعنا حصول الاقتصاص بذلك الطريق فيعدل إلى السيف هنا ابتداء وكذلك يشابهه ما قال صاحب التتمة من أن موضع الخلاف في انا هل نعدل إلى استعمال خشبة فيمن قتل باللواط فيما إذا كان موته متوقعاً من المقابلة بمثل ما فعل. أما إذا لم نتوقع وكان موت المجني عليه لطفولية ونحوها فلا معنى للمقابلة.

ومنها: قال شيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام إن الأولياء لا يعزرون على الصغائر بل تقال عثراتهم وتستر زلاتهم.

---

(١) سقط في «أ» والمثبت من «ب».

ومنها: وهو يشهد لما قاله ابن عبد السلام ما رأيته في الشامل لابن الصباغ في باب جامع السير فيما إذا كتب بعض المسلمين إلى المشركين بخبر الإمام أن الشافعي رضي الله عنه قال إن كان فاعل هذا من ذوي الهيئات عذر ولم يعزر لحديث حاطب بن أبي بلتعة.

منها: حكى ابن الرفعة وجهاً أن قاذف ولده لا يعزر.

ومنها: من وطىء امرأته في دبرها فإنه لا يعزر في أول مرة فإن عاد عزر نص عليه الشافعي رضي الله عنه وذكره صاحب التهذيب والروياني.

ومنها: قال القاضي أبو حامد المروزي فيمن دخل من أهل القوة الحمى الذي حماه الإمام فرعى ماشيته أنه لا يعزر مع كونه عاصياً.

ومنها: على وجه إذا وطىء السيد المكاتبة لا يعزر وإن علم التحريم.

ومنها: ما أطلقوا أن الزكاة يجب دفعها إلى الإمام الجائر بعد طلبه بلا خلاف وإنه إذا غلها من الجائر لم يعزر.

فيجمع من الإطلاقين أنه يعزر على هذه المعصية لكن الوالد رحمه الله يقول إن أوجبنا الدفع بعد الطلب فغلها ينبغي أن يعزر.

الدعوى الثانية أنه متى كان في المعصية حد أو كفارة ينتفي التعزير وهذه تستثنى منها مسائل:

منها: من أتى بهيمة في رمضان فإنه يجب عليه مع القضاء العقوبة والكفارة ذكره صاحب التهذيب والعقوبة هي التعزير لأن الصحيح أنه لا حد على واطىء البهيمة.

ومنها: الجماع في نهار رمضان فإن فيه مع الكفارة التعزير قال ابن يونس في شرح التعجيز وعبارته يعزر المفطر ولو المفكر انتهى وأرى أنه أخذه مما حكيناه عن صاحب التهذيب.

ومنها: اليمين الغموس يجب فيها التعزير مع الكفارة قاله شيخ الإسلام عز الدين ابن عبد السلام في القواعد والشيخ تقي الدين ابن الصلاح في فتاويه قال ابن عبد السلام لجرأته على ربه والكفارة لمخالفة موجب اليمين وإن كان مباحاً أو مندوباً.

قلت: فالاستثناء حاصل بكل حال.

منها: قال ابن عبد السلام أيضاً من زنا بأمة في جوف الكعبة وهو صائم معتكف

محرم أثم[1] ولزمه العتق والبدنة والحد للزنا والتعزير لقطع الرحم وانتهاك حرمة الكعبة.

ومنها: قال ابن الصباغ في أوائل الجراح كل مكان قلنا لا يجب فيه القصاص فإن القاتل يعزر ويلزمه البدل والكفارة.

ومنها: قال الفوراني بقطع يد السارق ويعزر أيضاً قال مجلى في الذخائر فإن أراد بالتعزير تعليق يده في عنقه فحسن أو غيره فمنفرد به.

قلت: وإن أراد تعليق اليد فقد يقال هو تتمة الحد لا تعزير كما هو وجه في حسم اليد المقطوعة بالزيت المغلي.

ومنها: قال ابن داود في شرح المختصر إذا قتل الرجل من زنا بأهله في الحالة التي هو فيها زان لم يعزر وإن افتات على الإمام بل يعزر لأن الغيظ والحمية حمله عليه.

قلت: ونقل الخطابي في معالم السنن أن الشافعي رضي الله عنه نص على أنه يحل له قتله والحالة هذه فيما بينه وبين الله تعالى وإن كان يقاد به في الحكم فعلى هذا استثناء [غير الأول][2].

ومنها: [غير ما تقدم][3] والكلام فيه كالكلام في هذه الصورة إذا استوفى ولي الدم القصاص بغير إذن الإمام لم يعزر على وجه قال ابن الرفعة لعل مأخذه تجويز الاستبداد.

قلت: وقد ثبت في التوشيح أن الأمر كذلك فلا استثناء.

ومنها: الزيادة على أربعين في الخمر إلى ثمانين تعزير على الصحيح والأربعون حد فاجتمعا.

ومنها: نص الشافعي رضي الله عنه كما حكاه ابن الرفعة في حواشي الكفاية أن الأب يجب عليه بقتل ابنه الدية والكفارة والعقوبة.

قلت: وإليه أشار ابن الصباغ بقوله الذي حكيناه عنه إن كل مكان لا يجب فيه القصاص يعزر القاتل ويلزمه البدل والكفارة.

تنبيه: عرفناك أن الماوردي والغزالي لم يذكرا الكفارة وعبارة الماوردي التعزير تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود وقريب منها عبارة الغزالي في البسيط فلا يرد

---

(١) في «أ»، «ب» أثم سنة وستة أيام. (٢) سقط في «ب». (٣) سقط في «ب».

عليهما ما أوردناه على غيرهما من الصور التي اجتمع فيها التعزير والكفارة ثم من ذكر الكفارة لا أدري هل يقتصر القول عليها أو يعمم كل غرم فيقول لا تعزير مع الغرم كفارة كان أو غيرها.

هذا هو الأظهر فيما أفهمه ويرد حينئذٍ أيضاً مع ما قدمناه من أفطر عاصياً في رمضان بغير الجماع فإن عليه مع القضاء والتعزير الفدية على أصح الوجهين كذا قال البغوي في التهذيب قال لأنها لما وجبت على المرضعة مع كونها معذورة فأن يجب على غير المعذور أولى انتهى.

والصحيح عند الرافعي والنووي والوالد رحمهم الله أن الفدية لا تجب فلا إيراد إلا على ما صحح البغوي فإنه جمع بين الفدية والتعزير ولكن الفدية غير الكفارة.

قاعدة: قال بعض أصحابنا من يحد [بقذف][1] الغير يقتل بقتله ومن لا فلا.

قاعدة: فيما جمع من فتاوى القفال وغيره أن سقوط حد القذف عن القاذف وعدم حد الزنا على المقذوف لا يجتمعان إلا في مسألتين.

إحداهما: إذا أقام القاذف بينة على زنا المقذوفة وأقامت هي بينة أنها عذراء.

والثانية إذا أقام شاهدين على إقرار المقذوف بالزنا وقلنا الإقرار بالزنا لا يثبت بشاهدين ففي سقوط الحد عن القاذف [وجهين][2] والظاهر سقوطه قال الرافعي وكان المراد ما سوى صورة التلاعن فإن الزوجين إذا تلاعنا اندفع الحدان.

ولو أقام البينة على إقرار المقذوف بالزنا سقط عنه الحد فلو رجع المقذوف عن الإقرار سقط عنه حد الزنا ولا يقبل رجوعه في حق القاذف ولا يلزم الحد وهذه مسألة أخرى اجتمع فيها سقوط حد القذف عن القاذف وعدم الحد على المقذوف.

قال النووي مراد القفال لا يسقط حد القذف. **[عن القاذف وعدم الحد على المقذوف]**[3] مع أنه لا يحكم بوجوب حد الزنا إلا في المسألتين فلا يرد عليه الأخيرتان لأنه وجب فيهما حد الزنا ثم سقط بلعانهما أو بالرجوع ولهذا قال وعدم حد الزنا على المقذوف ولم يقل وسقوط حد الزنا كما قال وسقوط حد القذف فالحاصل أنه لا يسقط حد القذف ويمتنع حد الزنا إلا في مسألتين ولا يسقط حد القذف وحد الزنا إلا في أربع.

---

(١) في «ب» تقتل. (٢) في «ب» وجهان. (٣) سقط في «ب».

والمراد السقوط بحكم الشرع لا بعفوه ونحوه قلت: وقد دقق النووي في جوابه إلا أن لمعترض أن يقول الصورة الأولى من صورتي القفال وجب فيها حد الزنا ثم سقط فهي وزان صورتي الرافعي ثم بتقدير أن مراده ما ذكره النووي فرد ما إذا قذفه وطالبه المقذوف بالحد فادعى أن المقذوف زنا وطلب يمينه وقلنا بالصحيح أن يحلف فنكل فحلف القاذف فإنه يسقط حد القذف ولا يجب حد الزنا على المقذوف ولذا لو قذف من لا وارث له على قول. ولك أن تقول للرافعي لم اقتصرت على ما ذكرت من الصورتين مع وجدان ما ذكر فيما إذا شهد عليه أربعة بالزنا ولكنهم فسقة بفسق مجتهد فيه وكذا المقطوع به على الأصح عند صاحب العدة، وكذا لو ارتد المقذوف أو سرق بعد القذف على خلاف فيهما وغير ذلك.

قاعدة: قال بعض أصحابنا كل وطء يعصى الله تعالى به يبطل الحصانة وما لا فلا وحكاه القاضي الحسين طريقة في المذهب ولكنه منقوض بصور.

منها: لو كان المقذوف مفعولاً به في دبره لم تبطل حصانته على ما حكاه الرافعي عن التهذيب ولكن ذكر أنه أعني صاحب التهذيب رأى أنه يبطل به لوجوب الحد عليه. قلت: وقد حكى القاضي الحسين في باب الشهادة على الحدود وجهين في ذلك.

قاعدة: من وجب عليه القصاص في النفس إذا فات لموت وله تركة انتقل جميع الدية إلى تركته.

قال الجرجاني: إلا في مسألتين. لا يجب في إحداهما شيء ويجب في الأخرى نصف الدية. فأما الأولى فهي إذا قطع يدي رجل فسرى إلى النفس فقطعه [ولي المقتول ولم يمت فإن](1) له قتله وإن مات فلا شيء في تركته لأنه لما مات فإن المحل ثبت له دية واحدة وقد أخذ يدين بقيمتهما.

والثانية إذا قطع يد رجل فاقتص منه فسرى القطع إلى نفس المقطوع أولاً ثم سرى إلى نفس الجاني فإنه لو كان باقياً لكان يقتص منه وقد ثبت في [تركته](2) نصف الدية لأنه قد استوفى منه يداً بقيمة نصف الدية.

فائدة: كل ولي في القصاص إذا عفا وثبت له المال كان المال له دون غيره.

---

(1) سقط في «ب». (2) في «أ» يده.

قال الجرجاني إلا في مسألة واحدة.

وهي أن يجني رجل على عبد ويعتق العبد بعد الجناية ثم تسري إلى نفسه وأرش الجناية مثل دية حر أو أكثر فإن ولي العبد بالخيار بين أن يقتص أو يعفو وإذا اختار المال كان لسيده دونه لأن الجناية وجدت في ملكه ووجب الأرش حال الجناية ثم لما سرت إلى النفس وكان له من الأرش مثل دية النفس لم يجب على القاتل أكثر من دية واحدة فكان ذلك للسيد.

فائدة: كسر العظم موجب الحكومة قال الجرجاني في المعاياة والروياني في الفروق إلا في ثلاث مسائل فإنه يجب فيها أرش [**مقدار**][1] مقدر.

أحدها كسر الترقوة أو الضلع فإنه يجب فيه جمل على قول.

والثانية كسر ظاهر السن دون سنخة ففيه خمس من الإبل والثالثة من هشم ولم يوضح فعليه عشر من الإبل على أحد الوجهين لأن دية الهاشمة إنما زيدت على دية الموضحة للهشم وقد وجد فيه مثل هذين الوجهين والذي أعتقد أن لفظ عشر من الإبل وفي الوجه الثاني تجب الحكومة.

قلت: وجه الحكومة معروف ووجه عشر من الإبل. [**لا أعرفه والصحيح المنصوص أن في الهاشمة بلا إيضاح خمساً من الإبل**][2] وإنما القول فيما[3] إذا نقل العظم من غير إيضاح فالواجب الحكومة أو عشر من الإبل في كتاب المعاياة والفروق غلط من الناسخ صوابه خمس والكلام يستقيم معه.

فائدة: لا يجب قذف الزوجة إلا في مسألة واحدة إذا ولدت ولداً اعتقده من الزنا.

قاعدة: فيما ينقض فيه قضاء القاضي وما لا ينقض وقد تكلم فيها الأصوليون والفقهاء بما لا نطيل شرحه وحلول الإمام في النهاية ضبطه بضابط غير معروف تفاصيله في غاية العسر فقال كل مسألة يتعلق القول فيها بالقطع فمن حاد عن مدرك الصواب نقض عليه حكمه وكل مسألة لا مستند لها من قاطع فإذا جرى حكم الحاكم فيها بمذهب وهو في محل التحري ومساق الظن فلا نقض قال ثم حقيقة القول في هذا يستدعي الإحاطة بمدارك القطع ولا مطمع في الخوض فيها إلا على قدر الحاجة. وذكر ما لا

---

(١) سقط في «ب». (٢) سقط في «ب». (٣) في «ب» وإنما القول بالعشر.

نطيل به ونقتصر على كلام نفيس تلقفناه من أنفاس ذلك الحبر العالم الشيخ الإمام رضي الله عنه وأرضاه وجمعنا في الجنة وإياه على موائد فضله بمحضر من نبيه ﷺ ومرأى ومسمع وقد ذكرناه(١) في شرح المنهاج البيضاوي وحاصله أن العلم بعد الحكم بمقارنة ما يقطع بتقديمه على مستند الحكم موجب لنقضه والعلم بمقارنة ما يظن تقديمه فيه وجهان ومقارنة ما يمنع الحكم بالشيء ومقابله يوجب التوقف فيه للشيخ الإمام رحمه الله فيه احتمالان وبيان هذا القول أن الحاكم إذا حكم ثم انقدح له ما لو كان مقارناً لمنع الحكم فهو على أقسام أحدها أن يكون أمراً متجدداً لم يكن حالة الحكم مثاله أن يباع مال يتيم بقيمته لحاجة ويحكم بصحة البيع ثم تغلو الأسعار فترتفع قيمته فلا اعتبار لهذا لأن الشرط البيع بالقيمة ذلك الوقت لا بعده. قلت: فما قولكم فيمن أجر على يتيم أو آجر وقفاً بمقتضى قيمته في الحالة الراهنة وحكم بها الحاكم ثم ارتفعت في أثناء المدة هل ينقض وينفسخ، إن قلتم بذلك فقد نقضتم بأمر متجدد وذلك هو مقتضى فتيا ابن الصلاح فيمن استأجر شاباً بأجرة مثله ثم تغيرت الأحوال وطرأت أسباب توجب زيادة أجرة المثل أنه يتبين بطلان العقد.

قلت: الصواب أنه لا ينقض وقد أفتى النووي بخلاف ما أفتى به ابن الصلاح وكلامه في المنهاج صريح في ذلك حيث قال وإذا أجر الناظر فزادت الأجرة في المدة وأظهر طالب الزيادة لم ينفسخ العقد في الأصح.

فإن قلت: قد استدل ابن الصلاح بأن الشاهد لم يصب في شهادته لأن تقويم المنافع في مدة ممتدة إنما يصح إذا استمرت الحال الموجودة حالة التقويم. أما إذا لم يستمر فيتبين أن المقوم لها لم يطابق تقويمه المقوم قال وليس هذا لتقويم السلع الحاضرة.

قلت التحقيق أن القيمة إن لم تتغير ولكن ظهر طالب بالزيادة فلم يتبين بطلان شهادة الشاهد والقول بانفساخ العقد ضعيف لا وجه له إلا قول من يقول إن القيمة ما تنتهي إليه الرغبات وهو شيء حكاه ابن أبي الدم وجهاً ليس في كلام ابن الصلاح في هذه الحالة وإن تغيرت وفيها تكلم ابن الصلاح فالإجارة صحيحة إلى وقت التغير وكذا بعد التغير فيما أعتقده ويحتمل على بعد أن يقال طرآن الارتفاع كأمر حادث في العين

---

(١) في «ب» ذكر.

المستأجرة فوجب الفسخ أو الانفساخ ثم في انعطافه على ما مضى ما في الفسخ بعروض خلل في المعقود عليه وبتقدير أن يعتقد ما قاله ابن الصلاح فليس هذا أمراً متجدداً بل عنده أنه يتبين خطأ الشهود.

الثاني أن يحكم باجتهاده لدليل أو أمارة ثم يظهر له دليل وأمارة أرجح من الأول ولا ينتهي ظهوره إلى ظهور النص فلا اعتبار به أيضاً وإن كان لو قارن لوجب الحكم به لأن الحكم بالراجح وإن كان واجباً لكن الرجحان حاصل الآن ولا ندري لو حصل ذلك الاحتمال عنده حالة الحكم هل كان يكون عنده راجحاً أو مرجوحاً والاعتبار إنما هو بالرجحان حال الحكم ولا يلزم من الرجحان في وقت الرجحان في غيره لتفاوت الظنون بحسب الأوقات وأما اعتقاد الرجحان فقد يكون في وقت قطعا رجحان أمـر عنده في الماضي وهو من الأمور الوجدانية ليس مما نحن فيه نعم سيأتي قسم منه.

الثالث أن يظهر دليل أو أمارة تساوي الأول فبطريق [**الأولى**][1] لا اعتبار به وإن كان لو قارن لمنع الحكم.

الرابع أن يظهر أمر لو قارن لمنع ظناً لا قطعاً كبينة الداخل فإن في تقديمها على بينة الخارج خلافاً فهو أمر مظنون مجتهد فيه ولكن الحاكم الذي يراه اجتهاداً أو تقليداً قاطع بظنه ووجوب العمل به فلو قارن لوجب الحكم به وهو يعلم من نفسه أنه إنما يحكم به فإذا حكم للخارج معتقداً أنه لا بينة للداخل ثم حلت البينة فقد ظهر أمر لو قارن لمنع ظناً والظن السابق معلوم الآن وهذا هو اعتقاد الصواب الذي أشرنا إليه من قبل وقد اختلف أصحابنا ها هنا في النقض على أوجه أصحها عند الرافعي والنووي والوالد رحمهم الله النقض لأن هذا الحاكم الذي عنده أن بينة الداخل مقدمة لما حكم للخارج لعدم علمه ببينة الداخل كان كالحاكم بالاجتهاد مع وجود النص فكما ينقض بظهور النص ينقض بذلك لأنه عالم بظنه وبأنه إنما حكم معتقداً عدم بينة الخارج فهو قاطع بما كان يمنعه من الحكم لو قارن ووجه عدم النقض أن تقديم بينة ذي اليد ليس مقطوعاً به كالنص وإنما هو أمر اجتهادي فالنقض به كنقض الاجتهاد بالاجتهاد وهذا هو الذي قال القاضي الحسين إنه الذي استقر عليه رأيه بعدما أشكلت عليه المسألة وتردد فيها نيفاً وعشرين سنة.

والوجه الثالث في المسألة التفصيل بين مـا قبل التسليم وبعـده لتأكـد الحكم

(١) في «ب» الأول.

بالتسليم وصورة المسألة كما بيناه إذا علم أنه إنما حكم للخارج بناء على عدم بينة الداخل فإن احتمل أنه حكم بها بناء على تقديم بينة الخارج وكان من أهل الترجيح، أو أشكل الحال فالأصح لا ينقض.

الخامس أن يظهر معارض محض من غير مرجح كما إذا حكم للخارج ببينة ثم جاءت بينة لخارج أخر فهذه البينة لو قارنت لمنعت الحكم للتعارض فإذا ظهرت بعد الحكم فلوالدي رحمه الله احتمالان أحدهما أن يقال إنه لظهور الأمارة المساوية فلا ينقض به قطعاً ومال إلى ترجيحه وقال كما لا يحكم إلا بمستند [فلا][1] ينقض إلا بمستند. والثاني وذكرت في شرح المنهاج أنه الأرجح عندي أنها ليست كالإمارة المساوية لأن مساواة تلك مظنونة ويجوز أن تضعف في وقت آخر ويستمر رجحان الأمارة المحكوم بها لعدم الوثوق بالظن ويجوز أنها لو ظهرت له وقت الحكم لكانت مرجوحة غير مساوية. وأما البينة إذا عارضت أخرى بمساواتها معلومة مأنوس منها من الترجيح فلا يبقى لاحتمال استمرار ذلك الحكم أو غيره فيرد الأمر إلى ما كان عليه قبل ظهور الحكم ونقف لقطعنا [باستواء][2] الجانبين بخلاف الأمارات التي لا يوثق بحال الظنون فيها فإنه لو لم يمض الحكم فيها [أدى][3] إلى عدم استمرار الأحكام وأن لا يحكم بشيء قلت: وقد وجدت هذين الاحتمالين قولين من مخرجات ابن سريج إذ نقل الرافعي في أواخر باب الدعاوى والبينات فيما إذا قال السيد لعبده إن قتلت فأنت حر وتنازع [بعده][4] العبد والوارث هل مات مقتولاً أو حتف أنفه وأقام العبد بينة أنه قتل في رمضان فحكم القاضي بها ثم شهد شهود أنه مات في شوال عن ابن سريج تخريج قولين في نقض الحكم وتنزيله منزلة ما لو شهدت البينات معاً وشبه ذلك بما إذا بان فسق الشهود وقد يرى هذا التشبيه إلى ترجيح النقض ويصير الأمر على ما كان عليه قبل الحكم واقتضى ظاهر كلامه أن المسألة مفروضة سواء قلنا بتقديم بينة رمضان أو شوال أو يتعارضان ومن هذا ينتقل إلى مسألة فيها نزاع بين ابن الصلاح والوالد رحمهما الله وهي ملك واحتيج إلى بيعه على يتيم فقامت بينة بأن قيمته مائة وخمسون فبيع بها وحكم بصحة البيع ثم قامت بينة أخرى أن قيمته حينئذٍ مائتان [فقال][5] ابن الصلاح بعد التمهل أياماً إنه ينقض

---

(1) في «ب» لا.
(2) في «ب» غير واضحة.
(3) في «ب» وأتى.
(4) سقط في «ب».
(5) في «ب» قال.

الحكم ويشبهه بما قطع به صاحب المهذب من أنه لو حكم للخارج على صاحب اليد ببينة .

فإن الحكم ينقض وقال الوالد رحمه الله لا ينقض وصنف في المسألة كتاباً سماه المعارضة في البينة المتعارضة وذكر أن هذا ليس كمسألة صاحب المهذب فإن النقض هناك لمعارضة بينة راجحة ولا يلزم من النقض بالأرجح النقض بالمثل وبينة ذي اليد فيها احتمال أن يكون النقض بها لترجحها باليد أو باليد لترجحها بها أو بمجموعها وعلى كل من التقادير الثلاثة لا تكون العلة موجودة في المسألة التي قاسها ابن الصلاح فقياسها عليها غير صحيح لعدم الاشتراك في العلة على هذه التقادير الثلاثة وهذا فرق صحيح وقد قدمنا في مسألة صاحب المهذب ثلاثة أوجه ولا شك فيما ذكره الشيخ الإمام غير أني أعجب من عدم إلمامه بهذين القولين اللذين خرجهما ابن سريج وهما عين مسألته ومسألة ابن الصلاح وأعجب من ابن الصلاح أيضاً في ذلك وهما نص مسألته فليعجب من حبرين كبيرين بين وفاتهما فوق المائة سنة ترددت بينهما مسألة وأداراها في دوريتهما وتمهلا فيها أياماً وهي مسطورة في الرافعي لم يقنع فيها بوجهين بل بقولين خرجهما شيخ المذهب فلهما دائران في الوجود بقريب من خمسمائة سنة الأمر السادس أن يظهر نص أو إجماع أو قياس بخلافه فينقض الحكم لأن ذلك مقطوع به فلم ينقضه بظن وإنما نقضه بالدليل القاطع على تقديم النص والإجماع والقياس الجلي على الاجتهاد فهو أمر لو قارن العلم به لوجب تقديمه قطعاً فلذلك نقض به وما ذكرناه من النقض عند مخالفة القياس الجلي ذكره الفقهاء وعزاه الغزالي في المستصفى إليهم ثم قال فإن أرادوا به ما هو في معنى الأصل مما يقطع به فهو صحيح وإن أرادوا به قياساً مظنوناً مع كونه جلياً فلا وجه له إذ لا فرق بين ظن وظن وهذا في تبين خطأ الحكم نفسه ويلتحق به الخطأ في طريقه وفي اعتقاد بسببه ويظهر ذلك بالفائدة التي سنذكرها . قلت : وجزم الشيخ الإمام في مخالف النص أنه ينقض ظاهر في النص القطعي أو خبر الواحد فالقول بأنه ينقض حكم مخالفه ليس على الإطلاق بل لا بد أن يكون الظن المستند إليه ظناً محكماً كذا صرح به الرافعي ولعله أشار بالظن المحكم إلى ما قاله الإمام في النهاية أنه إذا خالف خبراً صحيحاً نقله الآحاد أو قياساً جلياً فقد يفضي الأمر إلى النقض وذكر ما حاصله فيما فهمته عنه أن خبر الواحد إن لم يقبل التأويل أو كان تأويله في مقام التأويلات البعيدة التي لا مبالاة بها فالحاكم بخلافه ينقض حكمه ومثل لذلك مخالف حديث ذكاة الجنين ذكاة أمه وخيار المجلس والمصراة والعرايا . قلت والذي أقوله أن مخالف خبر الواحد إن

كان ممن يرى تقديمه على القياس فالنقض عليه ظاهر وإلا فينبغي أن ينظر في القياس الذي حكم به فإن كان بحيث لا يقدم هو عليه خبر الواحد فلا وجه للنقض وقد يجمع هذا كله قول الشيخ الإمام النص ويقال لا نص إلا فيما لا يقبل التأويل ولا يعارضه قياس يكون مقدماً عليه عند من حكم به وأما مخالف القياس الجلي فإن كان ممن يعتقده حجة وكان الظن المستتار منه أقوى مما حكم به فلا شك في النقض ولعل هذه الصورة هي مراد من ينقض في القياس الجلي ولذلك شرط الرافعي أن يكون الظن المستتار منه محكماً وإن كان ممن ينكر القياس رأساً فأتكلم عليه في فصل يخصه.

فائدة: كان الشيخ الإمام رحمه الله يقول وذكره في كتاب المعارضة إنما ينقض لتبين خطأ به والحاكم منصوب لأن يحكم بحكم الشرع وأحكام الشرع منوطة بأسباب تتعلق بوجودها ووجودها يثبت عند الحاكم بطريق شرعي والخطأ لا يعدو هذه المواطن الثلاثة أحدها: أن يكون في الحكم الشرعي بأن يكون حكم بخلاف النص أو الإجماع أو القياس الجلي فينقض لتحقق الخلل في الحكم وليس معنى النقض الحل بعد العقد بل الحكم ببطلان الحكم المتقدم وبيان أنه لم يقع صحيحاً لأنه ليس بحكم الشرع والحاكم ثابت الشرع فلا يصح منه الحكم بغير حكمه ولفظة نقض الحكم هنا متمكنة لأن المقصود إبطال ذات الحكم الذي وقع الثاني أن يحصل الحكم على سبب غير موجود ويظن القاضي وجوده ببينة زور ونحوها فإذا انكشف ذلك ينقض في بعض المواضع بالإجماع وفي بعضها بخلاف فيه والخطأ هنا في السبب ووضع الحكم في غير موضعه أو النقض هنا معناه إبطال تعلق الحكم بذلك المحل ولفظة النقض فيه غير متمكنة فإنا لم ننقض الحكم في ذاته لخطأ به وإنما نقضناه عن ذلك المحل وأخرجنا المحل عنه فالخطأ في السبب لا في الحكم والمخطىء هنا هو الشاهد لا الحاكم وللحاكم نوع من الخطأ وهو ظنه وجود السبب الحاصل بالبينة. الثالث أن يكون الخلل في الطريق كما إذا حكم بشهادة كافرين فإذا تبين ذلك ينقض سواء كان المشهود به صحيحاً أم لا لأن المعتبر من الحكم ما كان بطريقه الشرعي فإذا كان بغير طريقه فقد حصل الخطأ في الطريق فينقضه والخطأ هنا من القاضي في اعتقاد عدالة الشهود وقد يكون ذلك مرتباً على بينة التزكية وقد يكون على ظنه إذا عدلهم بعلمه ولفظة النقض هنا **[كهي]**[(١)] قبله وإن كان الفقهاء أطلقوا النقض على الجميع وهو الصحيح ولو حكم

---

(١) سقط في «ب».

بشهادة فاسقين اعتقد عدالتهما نقض على الصحيح كالكافرين وقيل لأنه إنما يتبين بطريق ظني فيصير كنقض الاجتهاد بالاجتهاد وقريب منه ما ذكرناه في النقض ببينة الداخل ولو بان دليل ظني معارض لدليل حكمه فلا التفات إليه قطعاً لأنه اجتهاد غير مستقر بل يجوز أن يصير الراجح مرجوحاً والمرجوح راجحاً ولو بان تعارض بينتين من غير ترجيح فيحتمل أن يقال هو معارض الدليلين ويحتمل أن يقال تعارضهما مستقر عند من لا يرى الترجيح في البينات وهو مذهب الشافعي رضي الله عنه فيقطع بالاستواء المانع من ابتداء الحكم وقد تلخص أنه متى بان الخطأ قطعاً نقض قطعاً أو ظناً ففي بينة الداخل مع الخارج ينقض في الأصح وفي الدليلين لا ينقض والفرق أن الظن في اليد مقطوع به فهو اعتقاد رجحان وفي الدليلين رجحان اعتقاد وليس مقطوعاً به ولو لم يتبين الخطأ بل التعارض المجرد عن القطع والظن كقيام بينة بعد الحكم بخلاف البينة التي ترتب عليها الحكم فقد تقدم أن الراجح عند الشيخ الإمام من احتمالين وجدناهما قولين عدم النقض لعدم تبين الخطأ قال وكيف ينقض حكم محتمل الصواب وحين صدر كان عن مستند.

تنبيه: كل هذا إذا قضى بمستند ثم ظهر له الخلل إما في المستند أو في المقضي به أو الطريق أما إذا قضى على جهل فالخلل هنا في الحاكم لا في الحكم. قال الشيخ الإمام رضي الله عنه فمن حكم بغير علم نقض حكمه وإن صادف الحق وهو أحد القاضيين اللذين في النار بشهادة الحديث كذا ذكره في شرح المنهاج قبيل باب ما يحرم من النكاح عند الكلام فيما إذا أعتق أمته في مرض موته ثم تزوجها واستدل بقوله ﷺ ورجل حكم للناس على جهل وذكره أيضاً في كتاب المعارضة وقال لفظة النقض هنا متمكنة أيضاً كما هي فيما إذا ظهر الخلل في نفس الحكم لأن المقصود إبطال فعل الحاكم وتبقية الأمر في الحكم على ما كان عليه حتى يصدر ذلك الحكم من أهله كما يبطل تصرف من ليس بوكيل. قلت: بل أبلغ فإن تصرف من ليس بوكيل ربما جاء فيه قولي الفضولي [فهذا][1] لا يطرقه خلاف الفضولي فإنه إنما حكم على أنه ثابت الشرع ولسانه لسان الشرع فإذا لم يكن كذلك لم يكن من الشرع في شيء فلا نفاذ له وقد قال في التنبيه وإن كان القاضي قبله لا يصلح للقضاء تنقض أحكامه كلها أصاب فيها أو أخطأ. فإن قلت فقد اختلف الأصحاب فيمن اشتبه عليه ماء طاهر بنجس فتوضأ

---

(١) في «ب» وهذا.

بأحدهما من غير اجتهاد ثم بان أن ما توضأ به هو الطاهر فاختيار الشيخ أبي إسحاق وجماعة منهم النووي أنه لا يصح وضوءه لتلاعبه وهذايوافق ما ذكرتم من النقض وإن صادف الحق لكن اختيار ابن الصباغ والغزالي أنه يصح كما لو أدى دينه بما يشك فيه ثم تبين أنه ملكه وهذا يخدش في النقض. قلت كلا فإن حكم الحاكم لا يناسب تصرف الإنسان في نفسه لأن ذلك يسنده إلى الشرع وهذا كاذب مخطىء حيث أقدم على جهل فما كل من حكم بحق محقاً بل إنما يكون محقاً إذا كان قد حكم عن علم كما شهد به الحديث ومن ثم ينقض قضاء من لا يصلح وإن صادف الحق والصور ثلاث تصرف الشخص على غيره وينبغي أن يكون عن علم وأحق الناس بذلك الحكام ثم الأولياء على درجاتهم وسيأتي من كلام الغزالي فيمن زوج بناء على أنه حاكم فبان أنه أب أنه لا يصح والصورة الثانية تصرفه على نفسه في مكان يضر فيه الشك وهو الأول ومن ثم أنه على هذين الوجهين اللذين حكينا فيهما خلاف الشيخ أبي إسحاق وابن الصباغ لو صلى قبل البيان ثم تبين بعد الصلاة لم تصح الصلاة للشك. والثالثة تصرفه على نفسه لا في مكان يضر فيه الشك كمن باع مال أبيه على ظن أنه حي فإذا هو ميت فلا يضر ومن الخلل في الحاكم أيضاً ما لو وليت القضاء امرأة ففي نقض قضائها وجهان حكاهما الروياني في البحر عن حكاية جده وأن الاصطخري ذهب إلى النقض.

فائدة: كل ما ذكرناه فيما إذا بان له بعد الحكم ما لو كان مقارناً لمنع وأوقف عن الحكم بما حكم **أو أوجب** [1] الحكم بضد ما حكم فإن بان له دليل آخر موافق للدليل الأول **[لفقدانه النص ثم وجد النص كما حكم به وإما أن لا يكون كذلك كما إذا بان له بعد الحكم بقياس صحيح بحيث لو كان موجوداً عنده عند الحكم بالأول لاستند إليه لا إلى ذلك الدليل وهذا كما إذا حكم بقياس صحيح]** [2] فينبغي أن يقال إنه لم يظهر معه خطأ الأول فإما أن يكون الثاني قياس آخر فإن كان الأول فهي المسألة التي وقعت بمدينة أصبهان في حدود السبعين وأربعمائة حكم حاكم في حادثة باجتهاده ولم يعلم بالنص فيها ثم ألقاه كما حكم به فاستفتى شيخ الشافعية بأصبهان في ذلك الزمان وهو أبو بكر محمد بن ثابت الخجندي فأفتى بأن الحكم نافذ واستفتى أبا نصر بن الصباغ فأفتى بأنه ينفذ من حين وجود النص كذا نقل ولد أخيه أبو منصور في الفتاوى التي جمعها من كلام عمه المعروفة بفتاوى صاحب الشامل ابن الصباغ وهي مسألة غريبة لم أجدها في

---

(١) في «ب» إذا وجب.

(٢) سقط في «ب».

غير هذه الفتاوى والذي يترجح عندي ما قاله الخجندي فإنه لما أعياه النص جاز له العمل باجتهاده فإذا صادف الصواب كان نافذاً وكان وجود النص سعادة وتوفيقاً ويحتمل أن يقال لا ينفذ أصلاً [لأنه يتبين][1] أن القياس فاسد الاعتبار إذ لا قياس مع النص لكن هذا ضعيف فإن فساد اعتبار القياس إنما يكون لو كان على خلاف النص أما إذا كان على وفاقه وكان ارتكابه لفقدان النص وقت الاحتياج إليه فلا محذور فيه ولا يظهر في هذه المسألة غير هذين الاحتمالين قول الخجندي وهو الأرجح وهذا الاحتمال وأما قول ابن الصباغ ينفذ من حين وجود النص فإن أراد أن الحاكم إذا وجد النص جدد الحكم بمقتضاه ليكون مستنداً إليه فهو قريب وإن أراد أنه ينفذ من غير حكم متجدد ويكون قبله فاسداً فلا وجه له والذي أراه في مثل هذا ما قاله الخجندي وأن الحاكم يجدد حكماً بمثل الحكم الأول ولا ينقض الأول وسيأتي من كلام الوالد رحمه الله ما يؤيد هذا وإن كان الثاني فهذا لا ضرر فيه وسواء كان القياس الذي ظهر له ثانياً أجلى وأوضح من الأول أم لم يكن فإنه لا يزيد الحال إلا تأكيداً والفرق بين هذا وما قبله أن هناك ظهر ما لو علمه وقت الحكم لما استند إليه وأما هنا وإن كان أجلى فليس بلازم أن يكون استناده إليه ولا هو بمتيقن أنه يكون أجلى وقت الحكم لأن الجلاء قد يختلف باختلاف الأوقات هذا كله إذا لم يظهر خطأ الأول وإن ظهر أن الأول خطأ فهذه الحادثة وقعت في زمان الشيخ الإمام الوالد رحمه الله وسأذكر كلامه فيها بعد ماأقول قد يقال ان هذا لم يقض على جهل لأنه إنما قضى حين قضى به بما ظنه مستنداً ولم يقض بباطل لأن هذا الذي ظهر له نفى عنده اعتقاد أن الحق كما قضى به وإن لم يكن بالدليل الذي قضى به ورأيت لابن الرفعة تردداً في ذلك قال لأنه ليس من باب العقود التي يعتمد الظنون وإن بان الأمر بخلافه قال وهذا بخلاف ما إذا أذنت لحاكم في تزويجها بناء على أنه لا ولي لها إلا الحاكم فبان أنها ابنته لصلبه فإنه يصح لوجوده من أهله مع ظن الصحة هذا كلام ابن الرفعة وأقول الأرجح النقض لأن هذا المستند إذا لم يكن عند الحكم حاضراً وقد بان بطلان ذلك المستند فما كان أقدم إلا بغير مستند وكأنه أقدم على جهل أو بغير علم وبهذا صرح الشيخ الإمام رحمه الله في كتاب النكاح من شرح المنهاج عند الكلام على مسألة ابن الحداد في الأمة المعتقة في المرض هل لوليها تزويجها بعد تردد كان منه في ذلك ذكره في المسألة المعروفة بوقف الطيفاء وهي حادثة من حوادث باب الوقف استفتى فيها قديماً وأطال

---

(١) في «ب» لأتبين.

عليها الكلام وكان فيها حاكم حنبلي حكم مستنداً إلى ما ظنه مستنداً في مذهبه فبين الشيخ الإمام أنه أخطأ على مذهبه وأنه لا مستند فيما ذكره ثم تبين له مستنداً غير ما ذكره يصح التمسك به قال بعد فراغ التقرير منه ما نصه بقي نظر آخر وهو أن الحاكم الحنبلي إذا لم يستند إلى ذلك ولكن استند إلى ما ذكره أصحابه وقد ذكرنا أنه لا دليل فيه هل يكون موافقة حكمه لما ذكرناه من الدليل مانعاً من نقضه أو لا هذا محتمل والأقرب أنه لا يصلح أن يكون مانعاً فإن من شرط صحة الحكم الاستناد إلى دليل صحيح فإن وجدنا اسجال الحاكم مطلقاً غير مستند إلى سبب ووجدنا دليلاً صحيحاً لم يكن لنا نقضه ويحسن الظن به ونعتقد أنه استند إلى ما ظهر لنا من الدليل أو إلى دليل مثله وإن بين المستند ورأيناه غير صالح ولا تشهد [**قواعد**][1] الشريعة [**بصحته**][2] فينبغي أن ينقض ويحكم حكماً مستنداً إلى دليل صحيح لكن أرى من باب المصلحة أن لا ينقض وينفذ لئلا يجسر الناس على نقض أحكام الحكام ويجعل التنفيذ كأنه حكم منشىء مستقل ولو حكم الحاكم المنفذ بحكم مبتدأ موافق لحكم الأول وبقي الأول على حاله كان أولى وأجمع للمصالح والله أعلم انتهى ونقلته من خطه.

وأما من ظهر أنها ابنه الحاكم فقد قال الغزالي في الفتاوى الأظهر فيها البطلان لأن الرضا معتبر في هذه التصرفات والألفاظ تراد للدلالة على الرضا ولا يدل اللفظ على الرضا في هذه الصورة انتهى ولك أن تمنع كون اللفظ يدل على الرضا في هذه الصورة فإن الجهل بها لا ينافي الرضا بمطلق النكاح من هذا الزوج بهذا العاقد وما ذكره شبيه بقوله فيما إذا قال الغاصب لمالك العبد المغصوب اعتقه فاعتقه جاهلاً وما ذكره فيما إذا قال لامرأته أنت طالق وهو يجهل أنها امرأته فإن له بحثاً في أن الطلاق لا يقع بنزع إلى هذا المأخذ والأصح فيهما النفوذ ويقرب من المسائل ما لو خطب زيد إلى قوم وعمرو إلى آخرين ثم جاء زيد إلى الآخرين وعمرو إلى الأولين وزوج كل فريق من جاءه وقد قال ابن القطان فيما نقله الرافعي أن المسألة وقعت في أيام ابن الشايب ببغداد فأفتى الفقهاء بصحة النكاحين فإن قلت: فليكن الأرجح في [**مسألة**][3] الغزالي صحة النكاح لما ذكرتم من المسائل. قلت: قد خطر لي هذا ثم توقفت لأن العاقد في مسألة الغزالي القاضي وهو مطلوب بالاحتياط فوق ما يطلب في سائر الأولياء. [**مأمور أن لا يقدم على**

---

(١) سقط في «ب».
(٢) في «ب» لصحته.
(٣) سقط في «ب».

عقد إلا عن بصيرة بينة وكذلك لا يعقد بمستورين بخلاف سائر الأولياء][1] على كلام في ذلك. فيقول ينبغي البطلان فيه كما قاله الغزالي لأن لسانه لسان الشرع بخلاف سائر الأولياء.

تنبيه: قدمنا أنه لا نقض في المسائل الاجتهادية المختلف فيها فهل يلحق بها ما يقع للناس من حوادث ليس فيها خلاف للمتقدمين وإنما فيها آراء تتجاذب قد كان يقع في الذهن أنها مثل الأول فلا ينقض [فيه][2] ولكن قال الشيخ الإمام رضي الله عنه ومن خطه نقلت في المسألة التي أشرت إليها إنما يطلق المختلف فيه على ما فيه خلاف لمن تقدم وأما ما يقع لنا من صور المسائل وتتجاذب الآراء فيها فلا يقال إنها من المختلف فيه بل ينبغي أن ينظر فيها فإن اتضح دليل عليها اتبع وإلا فلا وإن حكم حاكم منها بحكم ولم يكن عليه دليل ينبغي جواز بعضه وإن كان عليه دليل لم ينقض انتهى ومن خطه نقلت وقد تستغرب هذا ولا غرابة فيه بل الأمر إن شاء الله كما قال وعليه تحمل أقضية صدرت من شريح وغيره نقضها علي وغيره في مسائل لم يكن يقدم فيها خلاف ولا عليها دلالة قاطعة.

فائدة: إذا استثنيت ما به ينقض الحكم فيبادر إلى تدارك ما كان من حقوق الله تعالى وأما حقوق الآدميين فهل عليه تعريف الخصمين ليترافعا إليه فينقض الحكم عن ابن سريج: لا وعن سائر الأصحاب الوجوب قلت: ويشبه أن يقال إن بان الخطأ في الحكم نفسه وجب رفعاً لليد العادية ولا يكون فيه خلاف وإن بان في الطريق فهو موضع النزاع وهذا كله إذا بان ما يوقف عن الحكم أو يوجب الحكم بالضد فإن بان خطأ دليل الأول مع ظهور دليل يوافقه ونفي اعتقاد إلى محكوم[3] حتى وإن بان بطلان الطريق فلا ينبغي أن يجب الإعلام لعدم فائدته ولو ترك الخلاف على هذه الأحوال لم يكن به بأس.

تنبيه: الصور التي اختلف فيها الأصحاب في النقض فيها قيل إنها تقرب من ستين صورة ونحن نعد ما حصرنا منها.

فمنها: لو قضى قاض بصحة نكاح المفقود زوجها قال الرافعي فالأشهر وهو ظاهر النص أنه ينقض [والثاني المنع][4] قال القاضي الروياني وهو الصحيح [وقرب][5] من

---

(١) سقط في «ب».
(٢) سقط في «ب».
(٣) في «ب» محكوم به.
(٤) سقط في «ب».
(٥) في «ب» قريب.

هـذا الخلاف الخـلاف في نقض حكم من قضى بحصول الفـرقة في اللعـان بأكثـر الكلمات الخمس أو سقوط الحد عمن نكح أمة ووطئها. قلت: وقرب من هذا الخلاف يعني الروياني وقد وقفت على كلامه في البحر وعزا ذلك إلى القفال فقال قال القفال عد أصحابنا مسائل ينقض الحكم فيها.

منها: حكم من قال أكثر اللعان يقوم مقام الكل وإن زوج الأمة لا يـلاعـن لنفي الولد وأن لا قصاص بين الرجل والمرأة في الأطراف وأن من تزوج بأمة ووطئها مع العلم بتحريمها لا يحد وأن النكاح بغير ولي جائز والحكم بشهادة الفاسق والحكم بجواز بيع أم الولد والحكم بأن لا تقبل شهادة القاذف [**العاصي**][1] بعد التوبة لأن الخطأ ظاهر في هذه المسائل بدليل قاطع ونص الشافعي رضي الله عنه على نقض الحكم في مسألة واحدة وهي الحكم بصحة نكاح المفقود ومن أصحابنا من قال لا ينفذ حكمه في شيء من هذه المسائل لأن الخطأ فيها ظهر بقياس الشبه وهذا هو الصحيح والنص في مسألة المفقود غريب ولعله ذكره تعليقاً للقول فيه لا اعتقاداً انتهى كلام البحـر ملخصاً قـال الرافعي.

ومنها: قضاء الحنفي ببطلان خيار المجلس والعرايا بالتنفيذ الذي يجوزه وفي ذكاة الجنين قيل إنه منقوض لظهور الأخبار وبعدها عن التأويلات التي يدعونها وكذلك في القتل بالمثقل لأنه على خلاف القياس الجلي في عصمة النفوس وهـذا ما أورده الإمام والغزالي وبمثله أجاب محققون في الحكم بصحة النكاح بـلا ولي وفي بيع أم الولد. وثبوت حرمة الرضاع بعد الحولين وصحة النكاح بشهادة الفاسقين من غير إعلان ونكاح الشغار ونكاح المتعة وفي الحكم بقتل المسلم بالذمي وبأنه لا قصاص بين الرجل والمرأة في الأطراف وبحرمان التوارث بين المسلم والكافر وترد الزوائد مع الأصل في الرد بالعيب على ما ذهب إليه ابن أبي ليلى ومن الأصحاب من منع [**البعض**][2] وقال هي مسائل اجتهادية والأدلة فيها متقاربة قال القاضي الروياني وهو الصحيح وكذلك ذكره القاضي ابن كج في الحكم ببطلان خيار المجلس وينقض قضاء من حكم بالاستحسان الفاسد انتهى كلام الرافعي [**ملخصاً. وفي الروضة نظيره وأنت تراه لم يجـزم بغير النقض بـالحكم النقض بالاستحسـان الفاسـد**][3] ولا أدري ماذا يـــعني بـه فـإن كـل

---

(١) سقط في «ب».

(٢) في «ب» النقض.

(٣) سقط في «ب».

استحسـان عندنـا فاسـد وليس كل استحسـان ينقض فيه القضـاء فيحتـاج هـذا إلى [تحرير][1] ولعله يشير إلى مبالغاتهم في الاستحسان وليس للرافعي تصريح بتصحيح النقض أو عدمه ولا للنووي ولا للشيخ الإمام في شيء من هذه المسائل غير أن الشيخ الإمام صحح في مسألة النكاح بلا ولي النقض وقال أنا أستحي أن يدفع إلى نكاح صح عن رسول الله ﷺ إبطاله ثم أقره على الصحة وهذا يتعدى إلى ما كانت الأخبار واردة فيه وورودها في النكاح بلا ولي وقال الرافعي في القصاص في قتل المسلم بالذمي أن الوجه عدم النقض وقد رأيت المسائل التي ذكرها الرافعي وعزا إلى الروياني فصحح عدم النقض فيها وليس في كلام الروياني منها إلا ما حكيته لك ولا يلزم من النقض في بعض النقض في بعض آخر بل لا بد من النظر في كل فرع بخصوصه ومن المسائل المختلف في البعض فيها [أيضاً][2] لو قضى القاضي بأن يقاد الوالد بولده قال ابن كج ينقض حكمه قال الرافعي وليكن هذا في الموضع الذي يساعد فيه ذلك قال ابن الرفعة يعني لأنه خلاف الإجماع قال ولو كان كذلك لم يحتج ابن كج الى التنبيه عليه. قلت: كيف لا يحتاج إلى التنبيه عليه وقد عمم ابن كج وعزاه ثم ليس انتفاء خلاف مالك موجباً لثبوت الإجماع ففي ذهني أن من العلماء من يقتل الوالد بالولد مطلقاً فليحرر ذلك ويحتمل أنه ينقض من قضى به وعندي أن ابن كج إنما أراد القضاء بالموضع الذي يخالف فيه مالك فإنه ذكر قبله مسألة أبي حنيفة في قتل الحر بالعبد وذكر أنه لا ينقض ثم ذكر أن القضاء بقتل الوالد بالولد ينقض فمـا أرى إلا أنه رأى قوة خلاف أبي حنيفة وضعف خلاف مالك في هاتين المسألتين فلم ينقض في تلك ونقض فـي هذه وفي هذا أعود إلى ما قاله ابن الرفعة والأرجح عندي عدم النقض فيهما وإليه أشار الرافعي بل لم يقم عندي إلى الآن دليل على النقض في شيء من صور الخلاف القوي الجائز وغاية الأمر أنها خـالفت صريح[3] الآحاد بل وفيها ما خالف مستفيض الأخبار وإنما قلت الخلاف القوي الجائز لأحترز عن الضعف الذي لا يجوز الإقدام عليه فإنه لا اعتبار به ولا مقابله وذلك مثل من قضى بأن الطلاق الثلاث لا يقع كما هو محكي عن الشيعة أو بعضهم فإن هذا الحكم ينقض على الصحيح عند أصحابنا كما ذكره الروياني في البحر في أوائل كتاب الطلاق وحكى أن بعض أصحابنا [كما ذكره الروياني في البحر][4] قال لا ينقض وهذا ضعيف لأن

(١) في «ب» التحرير.
(٢) سقط في «ب».
(٣) في «ب» صريح اخبار.
(٤) سقط في «ب».

المسألة إجماع ولا اعتبار بالخلاف الحادث قال الروياني وعلى النقض فإذا وطئها لزمه الحد ولم يثبت نسب ولا عدة وهو اختيار الإمام والذي انتهى إليه كلام الروياني وما اختاره والده هو الحق وحكى الروياني في كتاب القصاص عن حكاية والده وجهين فيما لو وليت القضاء امرأة هل تنقض أحكامها وأن الاصطخري قال بالنقض وهذا خلل في القاضي لا في المقضي به فإن قلت فلم قلتم بنقض حكم من حكم بخلاف خبر الواحد. قلت: الذي أعتقده وعليه دل كلام الغزالي في الأصول أن ذلك مخصوص بمن لم يطلع عليه وقضى بقياس لا يقوى على معارضته وأما من اطلع على خبر الواحد وزعم له معارضاً ولو قياساً وزعم أن القياس مقدم على خبر الواحد كما هو شهير في الأصول فكيف ينقض قضاؤه وإن كنا لا نصوبه ابتداء لكن تخطئتنا له [**ليست**][1] إلا بالاجتهاد والقول بنقض الحكم بخلاف خبر الواحد [**إنما هو في خبر الواحد**][2] المثير ظناً محكماً [**فالمنقوض في أخبار الآحاد ما خالف ظناً محكماً**][3] ناشئاً عنها لا ما خالفها مطلقاً كذا اقتضاه كلام الرافعي وهو الظاهر ويلزم من نقض فيما ذكرناه من الصور أن ينقض الحكم ببطلان الأوقاف لشهرة صحتها بين الصحابة والعصر الأول وإن نقض الحكم ببطلان بيع المدبر لمخالفته الحديث الصحيح في بيع النبي ﷺ مدبراً في دين كان على صاحبه فلينقض في هذه الصورة وبيع الخمر من الذمي لمنابذته الأحاديث الصحيحة في النهي عن بيع الخمر وإن قال النهي يوجب الصحة أو لا يقتضي الفساد فلم لا صححه من مسلم وإن حاول فرقاً فهو على ضعفه زاد بصحيح الحديث ومن ثم قال الربا لا يجري في دار الحرب بين مسلمين لم يهاجرا ولا في الحفنة والحفنتين من الطعام وأدلة الكتاب والسنة تردهما وأن النبيذ يحل منه ما لا يسكر وأن البائع ليس أحق بسلعته عند الفلس وبيع المصراة ومنع الفسخ بعيوب النكاح وإسقاط الحد في إباحة الجواري وأن الجماع من غير إنزال لا يوجب الغسل وأن الحامل المتوفى عنها زوجها لا تنقضي عدتها بوضع الحمل وأن ربا الفضل مع القبض [في التصرف[4] جائز وأن الوقف يباع إذا تخرب وأنه يناقل به وإن كان عامراً إلى غير ذلك من مسائل عن أبي حنيفة أكثرها والبقية عن غيره

---

(١) سقط في «ب».
(٢) سقط في «ب».
(٣) سقط في «ب».
(٤) من قوله في التصرف جائز إلى قوله فإن قوله فإن قلنا لا يحل ولم يجز الطلب: سقط في ب.

من العلماء لا أقول بالنقض فيها وإنما أقول تلزم من نقض في تلك أن ينقض فيها ولعله يلتزمه فإني لم أجد عنه خلافه كما لم أجد وفاقه.

فائدة: إنما ذكر القفال وغيره من أصحابنا هذه المسائل التي قيل بالنقض فيها عندما بلغهم أن الحنفية قالوا بنقض قضاء الشافعي في الحكم بشاهد ويمين وبالقرعة بين العبيد في العتق وبحل متروك التسمية عمداً وبالبداية في القسامة بيمين المدعي فقال أصحابنا قلتم فيما حكي عنكم لا ينقض حكم مخالف نص الكتاب والسنة والقياس الحق إذا لم يكن مجمعاً عليه ثم نقضتم موافق السنن الصريحة والأقيسة الصحيحة فمن عد بربا ممن ينقض الحكم بشاهد ويمين والقرعة بين العبيد ونحوهما مع صحة الحديث فيه ثم يحكم بالنكاح بلا ولي ونحوه منابذة لصريح نطق النبي ﷺ فمن العجائب إنكار ما وردت به السنة من القرعة مع إثبات حل الوطء بشاهدي زور يعلم الزوج الثاني أنهما شاهدا زور.

ومنها: قول الخصوم إذا منع الذمي ديناراً من الجزية انتقض عهده ولو جاهر بسب الله أو بسب رسول الله ﷺ ودينه أو حرق المصاحف وخرب المساجد أنه لا ينتقض.

ومنها قولهم يباح القرآن بالعجمية ولا يروى الحديث بالمعنى على ما ذكر بعضهم.

ومنها: إسقاطهم الحد عن من استأجر امرأة لرضاع ولده فزنا بها أو استأجرها ليزني بها وإيجابهم الحد على من وطيء امرأة في الظلمة يظنها امرأته فظهرت أجنبية.

ومنها: منعهم السنة الثابتة في إلحاق النسب بالعتاقة مع إلحاقهم نسب ولد امرأة تزوجها وهي بالمشرق ممن هو بأقصى المغرب وبينهما من المسافة ما لا يقطعها النسر وقال تزوجت فلانة وهي طالق ثلاثاً عقب القبول ثم جاءت بولد فقالت هو منه.

ومنها: إلحاقهم الولد في هذه الصورة مع قولهم ما ذكرناه فائدة قولنا ينقض القضاء المخالف للظن المحكم من خبر الواحد وحمل قياس ونحوهما يشمل كل ما كانت بشبهة الحاكم فيه ضعيفة وفيه مسائل لم يصرح بها الأصحاب فنذكرها.

منها: جزم الشيخ في باب الإجارة من شرح المنهاج بنقض حكم من حكم ببيع الموقوف إذا انهدم كما هو قول الحنابلة أو عوده إلى ورثة الواقف كما هو قول محمد بن الحسن بها.

تنبيه: ما لا ينقض هل يمضي وينفذ أم يعرض عنه فيه خلاف حكاه المحاملي وجماعة قولين وطائفة أخرون منهم الرافعي وجهين والعمل على التنفيذ وهو ما رجحه الرافعي وكان الشيخ الإمام يتوقف فيه ثم استقر رأيه على ما حكيناه عنه في كتاب ترشيح التوشيح.

خاتمة: ما لا ينقض قضاء القاضي فيه إذا حكم به لمن لا يعتقده هل يحل باطناً فيه وجهان حكاهما الأصحاب فيما إذا قضى الحنفي بشفعة الجوار للشافعي وهي مسألة عظيمة كبيرة الوقوع وليس للرافعي ولا للنووي ولا للشيخ الإمام رحمهم الله فيها تصريح بتصحيح في كتبهم المشهورة وقد ذكرها الرافعي في كتاب الشفعة وفي كتاب القضاء وفي باب الدعاوى وفي باب دعوى الدم والقسامة وفي كتاب موجبات الضمان وعزا الشيخ الإمام في باب الشفعة من شرح المنهاج تصحيح الحل إلى القفال وأبي عاصم والبغوي وأكثر الفقهاء وتصحيح التحريم إلى الأستاذ أبي إسحاق والإمام الغزالي والأصوليين. قلت: والرافعي لم ينسب صريحاً إلى الأكثر شيئاً حتى يقال إنه عليه بل نسب الحل إلى جماعة والتحريم إلى من ذكرنا وقال في باب القسامة ميل الأئمة إلى ثبوت الحل باطناً وكذلك قال في أثناء كتاب الدعاوى ميل الأكثرين إلى الحل باطناً وغاية ما يؤخذ من ذلك ميل الرافعي إلى الحل وقد يؤخذ من قوله في باب موجبات الضمان ميله إلى التحريم فإنه قال وصرحوا بأن الخلاف جار في كل ما اتصل بحكم من المسائل الاجتهادية فإن قلنا لا يحل لم يجز الطلب]. وإلا فلا بأس بالتخيير بين البيع عليه وإجباره على البيع وهو حينئذٍ إكراه بحق وقد سكت الشيخ الإمام في كتاب البيع على قول القاضي أبي الطيب وغيره إن شاء القاضي باع وإن شاء عزر وحبس إلى أن يبيع وذهب ابن الرفعة إلى أنه إذا لم يثبت عند القاضي ملك [المفلس][(1)] للأعيان بالبينة وإلا اكتفينا باليد فيظهر أن يجبره على البيع بنفسه أو بوكيله لتعينه طريقاً إلى إيصال الحقوق [إلى أربابها][(2)] ورده الشيخ الإمام بأنه [إن][(3)] لم يجز للقاضي البيع فكيف يجوز له الإجبار والإجبار حكم صريح بخلاف الفعل وليس المفلس مطلق التصرف حتى نقول نجبره على وفاء الدين من حيث الجملة وهو يبيع بل هو محجور.

فائدة: ذكرها الإمام في باب التفليس حاصلها أنه ليس كل ما يجوز للشاهد أن يشهد به يجوز للحاكم أن يحكم به فإن الشاهد قد بنى على ظن لا يبني على مثله

(1) في «ب» الفلس. (2) في «ب» لأربابها. (3) في «ب» إذا.

الحاكم صوناً لمنصبه عن التهمة ولأن الحكم لما فيه من الإلزام وإنهاء الأمر أشد من الشهادة هذا أقوله تفقهاً من عندي والذي ذكره الإمام رحمه الله في الشهادة بالإعسار والاملاك والتعديل وحصر الميـراث أنها أمـور لا يمكن استنادهـا إلى اليقين فإن في الإعسار [هنا][1] لا سبيـل معه إلى العلم اليقيني وغـاية التعـديل [هي][2] الأسباب الخارجة والاملاك بناء الأمر على ظواهر يضعها العلماء من اليد والتصرف ثم قال فكأنا نشترط استناد الشهادة إلى اليقين فيما يمكن اليقين [منـه][3] كالأقـوال والأفعال التي تتعلق بها الحواس ثم قال ومن لطيف الكلام في ذلك أن كل ما تستند الشهادة فيه إلى اليقين لو علمه القاضي بنفسه اختلف القول في جواز قضائه بعلمه ولو انتهى القاضي فيما [أعلم][4] فيه إلى منتهى يشهد فيه كالأصول التي ذكرناها فلا يحل له القضاء وإن كان يحل له أن يشهد بما أحاط به وظهر عنده فليتأمل الناظر هذا فإنه من أسرار القضاء انتهى وتكلم عليه الشيخ الإمام رحمه الله في شرح المهذب كلاماً طويلاً حاصله بعد ما استشكله وقال لم لا يحكم القاضي في الإعسار والملك والميراث بعلمه كما يحكم بالتعديل وأجاب بأن التعديل حكم بأن المعـدل مقبول القـول على كل أحـد فأشبـه الرواية: أما [الإعسار والميراث][5] والملك فأحكام على أشخاص معينين بما لا ينتهي إلى اليقين فقويت التهمة فيه فلو فرضنا انتهاءه إلى اليقين خرج على القضاء بالعلم ولا أظن الإمام يخالف في ذلك وإنما كلامه فيما لا ينتهي إلى اليقين قلت: بل بذلك صرح حيث قال هذه أمور لا يمكن استنادها إلى اليقين وإنما الشيخ الإمام ينازعه في امتناع استنادها إلى اليقين ويقول قد يتفق ذلك قال والصواب ما ذكره الإمام من عدم تخريج الإعسار ونحوه على القضاء بالعلم فإن ذلك [في][6] العلم المقطوع ولا يلزم أن يطرق الظن واستدل عليه بعكسه قال فإنهم قالوا إذا منعنا القضاء بالعلم فكان سبب العلم تواتراً جاز على أحد الوجهين لعدم التهمة ثم قال في أخر كلامه بعد ما ذكر أن قضية كلام الرافعي تخريج القضاء بالعلم في الإعسار والملك والميراث على الخلاف أنه المختار عنده وقد يقال بين تصويب الشيخ الإمام كلام الإمام[7] واختياره كلام الرافعي ثانياً [مباينة][8] فالجواب أنه لا يمنع طروق الخلاف وإنما عنده أن الخلاف في القضاء

(1) في «ب» سقط.
(2) في «ب» ففي.
(3) في «ب» فيه.
(4) في «ب» لا علم.
(5) في «ب» الميراث والإعسار.
(6) في «ب» من.
(7) في «ب» الإمام أولا.
(8) في «ب» مناقاة.

باليقين أقوى من الخلاف في القضاء بالإعسار فليتأمل كلامه.

تنبيه: فيما حكيناه من كلام الإمام إشارة إلى أن المعنى بالعلم في قول الأصحاب هل يقتضي[1] بعلمه اليقين لا الظن المؤكد وذلك يرد على الرافعي حيث قال إن الأئمة مثلوا القضاء بالعلم الذي هو محل القولين مما إذا ادعى عليه مالاً وقد رآه أقرضه أو سمعه أقر بمال ومعلوم أن رؤية الإقراض وسماع الإقرار لا يفيد اليقين بثبوت المحكوم به وقت الحكم فيدل أن ليس المراد بالعلم اليقين بل الظن المؤكد وقد رد الشيخ الإمام رحمه الله[2] على الرافعي وقال ليس كذلك بل المراد باليقين يقين السبب الذي به الحكم وهو الإقراض أو الإقرار ولو ظنهما ظناً مؤكداً لم يحكم بلا خلاف. وأما استصحاب حكم السبب إلى وقت القضاء [قضى][3] في جميع الحجج ولا يقال فيه ظن وإن كان ظناً في الحقيقة بالمحكوم به وقت القضاء إلا أن الفقهاء لا يريدون ذلك.
قلت: ولذلك يقولون في اليقين لا [يرتفع][4] بالشك ومعلوم أنه لا شك مع اليقين القاطع فلو عنوا باليقين القاطع لما صح أن يعتقدوا مجامعته للشك قال الشيخ الإمام ومتى أخذنا بعموم كلام الرافعي في الاكتفاء بالظن المؤكد ورد عليه قول الإمام إنه لا يحكم بذلك في الإعسار والميراث والملك والصواب ما قاله الإمام فإنه لا يلزم من اختلاف القول في القضاء بالعلم المقطوع أن يختلف في الظن لأنه ينضم إلى التهمة ضعف المدرك وقد ذكروا في عكسه إذا قلنا يمتنع القضاء بالعلم فكان سبب العلم تواتراً يجوز على أحد الوجهين لعدم التهمة وما ذاك إلا لأنه إذا قوي المدرك وانتشر ضعفت التهمة وعكسه إذا ضعف المدرك قويت التهمة فلا يحكم به ثم ذكر قضاء القاضي في التقويم ببصره [في][5] نفسه وميل الرافعي إلى جريان الخلاف فيه وإن الإمام قال فيه بالمنع على خلاف ما ظن به الرافعي ثم قال [انتظم][6] كلام الإمام على قاعدة واحدة يعني في منع القضاء بالظن في الإعسار والميراث والملك والتقويم [ثم][7] قال والرافعي رجح في التقويم الحكم بالعلم ولم يتعرض للإعسار ويلزمه أن يقول بذلك فيه وإذا قال به فيه ففي الملك وحصر الورثة أولى. أما الملك فلاعتماده أسباباً ظاهرة ولهذا لا يشترط

---

(١) في «ب» يقضي القاضي.
(٢) سقط في «ب».
(٣) في «ب» فصحيح.
(٤) في «ب» يرفع.
(٥) سقط في «ب».
(٦) في «ب» انتظر.
(٧) سقط في «ب».

فيه الخبرة الباطنة. وأما حصر الورثة لأن الحكم للوارث المعين لا ظن فيه وبقي غيره معتضداً بالأصل فعضد ذلك ما عند الحاكم وقد صرح الماوردي في الملك بأنه يجوز للقاضي وتردد في الشاهد وفرق بأن الشاهد إنما يعتمد العلم والقاضي يبني على الحجة وهذا مخالف لكلام الإمام ومساعد [لكلام][1] الرافعي وقد ينحل من ذلك صوراً أحدها [الحكم][2] بالعلم اليقيني المحسوس الحاصل وقت القضاء.

والثانية: علم سبب متقدم كإقراض وسماع إقرار لم يعلم ارتفاعه وهاتان فيهما القولان.

الصورة الثالثة: الحكم بالعلم الحاصل بالتواتر قيل على القولين وقيل يقطع بالجواز.

والرابعة الحكم بالتعديل المذهب الجواز وقيل على الخلاف والخامسة الإعسار قال الإمام لا يحكم بالعلم فيه وقياس قول الرافعي إنه على القولين وهو المختار. السادسة الملك وحصر الورثة كلام الإمام يقتضي أنه كالإعسار قال الشيخ الإمام وينبغي أن يكون أولى منه بإجراء القولين.

السابعة التقويم الأشبه عند الرافعي أنه على القولين والذي يظهر من اختيار الإمام أنه كالإعسار.

الثامنة يعتمد العلم[3] فيه [به][4] وليس من القضاء بالعلم في شيء. التاسعة: الجرح يعتمد العلم فيه قطعاً انتهى كلام الشيخ مختصراً وأقول: إذا كان سياق الرافعي يقتضي أن الإعسار على الخلاف وهو الذي صرح [به][5] الشيخ الإمام باختياره أخيراً فقد [انضم][6] كلامه على قاعدة واحدة غير أن المعنى بالعلم عند الإمام اليقين فمن ثم منع الإعسار والتقويم والميراث والملك وعند الرافعي غلبة الظن فمن ثم جوزها والشيخ الإمام وافق الإمام في أن المعنى بالعلم اليقين ونازعه في كون هذه الأمور لا تفضي إليه وقال [وإن][7] أفضت إليه فهي من مسائل القضاء بالعلم هذا كلامه أولاً ثم مال آخراً إلى

---

(١) سقط في «ب».
(٢) سقط في «ب».
(٣) في «ب» اللون يعتمد.
(٤) سقط في «ب».
(٥) سقط في «ب».
(٦) في «ب» انتظم.
(٧) في «ب» إن.

ترجيح الحكم فيها بالعلم فلا يتبين [في][1] جريان كلامه على قاعدة واحدة فليتأمل ذلك.

قاعدة: الأموال الضائعة يقبضها القاضي حفظاً لها على أربابها قال الأصحاب ثم إما أن يبقيها وإما أن يبيعها ويحفظ ثمنها وله حفظها معزولة عن أمثالها في بيت المال [وله][2] أن يخلطها بمثلها فإذا ظهر المالك غرم له من بيت المال وهذه القاعدة هي مأخذ الأصحاب في إيجابهم على القاضي قبول اللقطة إذا دفعها إليه الملتقط وإن كان قد اختار التملك ثم بدا له وقد يورد على هذه القاعدة ما رواه البخاري تعليقاً ومسلم متصلاً من حديث أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ مر بتمرة في الطريق مطروحة فقال لولا أني أخشى أن تكون من تمر الصدقة لأكلتها.

فسمعت الشيخ الإمام رحمه الله يقول سمعت شيخنا الدمياطي يقول سمعت قاضي القضاة تاج الدين ابن بنت الأعز يقول كيف يقولون الإمام يأخذ المال الضائع للحفظ والنبي ﷺ لم يأخذها وأجاب بعض الناس بأنه إنما نفى في الحديث الأكل وقد يكون أخذها قال الشيخ الإمام. وأنا أقول إنما يأخذ الإمام المال الضائع الذي صاحبه متطلع له أما ما يعرض عنه فيترك لكل من يريد أخذه فاندفع السؤال. قلت: ومن ثم لم يجب في اللقطة تعريف ما انتهى. [إليه][3] في القلة إلى حد يسقط تموله كحبة حنطة وحاول الرافعي تخريج وجه فيه ونازعه ابن الرفعة والشيخ الإمام وقد عرفت أن هذه المسألة التي نبه عليها الشيخ الإمام في الحديث مستثناة من القاعدة فإن قلت فقد أوجبوا على الملتقط تعريف القليل وبالغ الشيخ الإمام فأوجب تعريفه سنة ولم يكتف بزمان يظن أن فاقده يعرض عنه غالباً وذكر أن اكتفاء الرافعي والنووي به مخالف لمشهور المذهب فكيف استثنى من القاعدة ما لا يوافق أصله. قلت: الحقير الذي أوجب الشيخ الإمام تعريفه سنة والرافعي والنووي زمناً يظن إعراض صاحبه عنه هو ما لم ينته في القلة إلى حد يسقط تموله كما عرفناك ليس في المنتهى إلى ذلك إلا محاولة الرافعي لتخريج وجه فيه لم يوافقه عليه لا ابن الرفعة ولا الشيخ الإمام وانظر إلى قول الرافعي والنووي يظن إعراض صاحبه فإن فيه إشارة إلى أن ما كان الظن حاصلاً فيه قبل التعريف لا فائدة في تعريفه ولا يعرف فقد ظهر استثناء الحقير الذي يغلب على الظن إعراض صاحبه عنه من

---

(1) في «ب» لي. (2) سقط في «ب». (3) سقط في «ب».

القاعدة فلا يأخذه القاضي للحفظ ولا يعرفه الملتقط إذا التقطه بل لو أخذه للاستبداد به ثم تردد الشيخ في أنه [هل][١] يملك بمجرد الأخذ كالاحتطاب أو بقصد [التمليك][٢] قال والظاهر الثاني وفي أنه إذا لم يقصده هل يخرج عن ملك مالكه قال والظاهر بقاؤه وحينئذٍ يدخل في معنى اللقطة لكنها لا تعرف قلت: وبقيت مسائل أخر تستثنى من[٣] القاعدة.

منها: إذا أقر لمنكر فأصح الأوجه أنه يترك في يد المقر كما كان ثم اختلف في وجهه فقيل لأن يده تشعر بالملك ظاهراً وقد عارض الإقرار الظاهري إنكار المنكر فسقط وقيل لأنا لا نعرف مالكه ونراه في يد المقر فهو أولى الناس بحفظه وجمع الرافعي في الشرح بين العلتين والأظهر منهما العلة الثانية ويتخرج عليهما أن يد المقر بعد ذلك عليه هل هي يد ملك أو يد استحفاظ [والأول][٤] قضية كلام صاحب المهذب قال ابن الرفعة والأشبه الثاني لأن المقر لو ادعاه لنفسه لم يقبل عند الإمام والغزالي فعدم الحكم له [به][٥]عند عدم الدعوى أولى قلت: نحن لم نقل انه يحكم له به وإنما قلنا يبقى في يده يد ملك وفرق بين ذلك والحكم به فتأمله ثم على وجه الاستحفاظ يكون مستثنى من القاعدة فإنه مال لم يعرف مالكه ولم يقبضه القاضي بل تركه في يد المقر وفي المسألة تتمة نذكرها قريباً في أخر الفرع عقيبها.

ومنها: على وجه قال الشيخ أبو محمد موضع الخلاف فيمن أقر لمنكر ما إذا قال صاحب اليد هذا لفلان وكذبه أما إذا قال صاحب اليد للقاضي في يدي مال لا أعرف مالكه فالوجه القطع بأن القاضي يتولى حفظه وأبعد بعضهم فلم يجوز انتزاعه هنا أيضاً كذا نقل الرافعي هنا وقال في باب دعوى الدم فيمن في يده مال حكم له به فقال إنه مغصوب إن عين صاحبه انتزع منه وإن لم يعين فهو مال ضائع وفي مثله خلاف مشهور وقال في باب الدعاوى أن من في يده مال لو قال هو لرجل لا أعرفه ولا أسميه أن الأصح أنه لا ينتزع من يده وقال في باب الكتابة فيما إذا أتى المكاتب بالنجوم فقال السيد هذا حرام وحلف المكاتب أجبرنا السيد على [القول][٦] إنه إن لم يكن عين مالكها[٧] لم

---

(١) سقط في «ب».
(٢) في «ب» التملك.
(٣) في «ب» من هذه القاعدة.
(٤) في «ب» والأولى.
(٥) سقط في «ب».
(٦) في «ب» القبول.
(٧) في «ب» مالكاً.

ينتزع من يده على الصحيح فانظر هذه المواضع وتلقف منها ما يستثنى من هذه القاعدة والجمع بين ما قيل في الأبواب الثلاثة وما حكي عن الشيخ [أبي][1] محمد في الإقرار أن المقر في الأبواب الثلاثة محكوم عليه فإقراره بمجهول على خلاف الحكم مع تهمته فيه لا يسمع بخلاف مسألة الشيخ أبي محمد فإنه ليس متهماً هناك.

ومنها: إذا كان المال الضائع في ذمة إنسان بأن جاء إلى القاضي وقال في ذمتي مال لا أعرف مالكه فقياس المذهب أنه لا ينزع ولا ينقل من الذمة إلى الضمان نعم يجيء على طريقة الشيخ الإمام التي نقلها عن النص وصححها وهي أن للآحاد انتزاع المغصوب أنه ينزع والحالة هذه والذي أراه في المغصوب ومن في يده مال ضائع أنه إن خشي من بقائه في يده أو ذمته هلاكه انتزع ولا يضر انقلابه من الضمان إلى الأمانة لهذا الغرض وإلا فلا ويبقى على الحكم الضمان فليجتهد الحاكم فيما هذا شأنه وأقول هذا أيضاً فيما إذا أقر لمنكر وقلنا يبقى في يد المقر استحفاظاً فأقول إنما يبقى في يد المأمون على مثله والمشهور في مسألة [الإنذار][2] للمنكر أن محل الخلاف إذا كان المقر به عيناً أما إذا كان ديناً فلا يؤخذ بلا خلاف وذكر ابن يونس في شرح التنبيه أنه لا فرق بين العين والدين وقد تحرر ما ذكرناه مسألة مستثناة من القاعدة على المذهب وهي الدين وعلى وجه وهي مسألة الشيخ أبي محمد وهو الوجه الذي أشار إليه الرافعي[3] وأبعد بعضهم وعلى الأرجح وهي العين المقر بها لمنكر إذا قلنا يترك في يده استحفاظاً وقد ذكرنا أن طريقة الاستحفاظ هي الأرجح فإن قلت: رجحان طريقة الاستحفاظ على رأي الإمام والغزالي واضح فإنهما يقولان لو رجع المقر له عن الإنكار وصدق المقر قبل وسلم المال إليه ولكن الأصح عند الرافعي والنووي عدم تسليمه إليه وأنه إنما يسلم إليه على الوجه البعيد القائل بأنه يجبر المقر له على القبول وعلى هذا فكيف يرجح قول الاستحفاظ قلت: أما قول الرافعي والنووي انه إنما يسلم إليه على الوجه البعيد فقال الشيخ الإمام فيه نظر إذ لا حاجة إلى الرجوع حينئذ قال وينبغي أن يقال إن قلنا يترك في يده ملكاً فهو إبطال الإقرار فلا يسلم إليه وإن قلنا استحفاظاً فلا يمتنع تسليمه للمقر له إذا رجع ولا يختص ذلك بالتفريع على الوجه البعيد قال والصحيح أن الخلاف في قبول رجوع المقر له مطلق من غير بناء والأظهر منه عند الرافعي عدم القبول

---

(١) في «ب» أبو. (٢) في «ب» الإقرار. (٣) في «ب» الرافعي بقوله.

هذا ملخص كلام الشيخ الإمام وهو حق وليس [له][(١)] فيه كما ترى موافقة الرافعي على تصحيح عدم القبول ولا تصريح بمخالفة وأقول إذا كان الأرجح التبقية استحفاظاً فالذي يظهر ترجيح القبول لا سيما إذا ادعى أنه كان غالطاً وبين للغلط وجهاً محتملاً ولا يؤاخذ بتكذيبه السابق كما أنه يقبل رجوع المقر نفسه على الأصح إذا قال كنت غالطاً كما في الوسيط والمحرر والمنهاج بل وإن لم يقل كنت غالطاً كما في الشرح الكبير والشرح الصغير [ورجح][(٢)] الشيخ الإمام وقال ينبغي إسقاط قيد الغلط من المحرر والمنهاج أو يقال إنه لا مفهوم له فقد ظهر أن الأرجح على قول الاستحفاظ القبول هذا إذا صدق المقر له بعد ما كذب. أما عكسه إذا كذب بعد ما صدق فلم أجده مسطوراً وقد يقال فيه إن تكذيبه بعد انفصال الخصومة غير معتبر لكنه بمنزلة الإقرار بما في يده لمجهول فيأخذه القاضي على ما [قال][(٣)] الشيخ أبو محمد أو تبقيته في يده هذا إن أنكر كونه لنفسه ولم يقر بأنه لمعين فإن أقر به للذي أقر له فهو إقرار لمنكر فيبقى في يده على الأصح وقد يقال لا يبقى في يده هنا قطعاً سواء أقر به لمن أقر له أولاً أو لمجهول لأنا عرفنا سبب وضع يده وقد زال بإقراره فأما أن يعيده إلى من أقر أولاً أو [ينزعه][(٤)] القاضي قطعاً وأقول الذي يظهر هنا أن القاضي [ينزعه][(٥)] قطعاً ولا يبقيه في يده لما ذكرت من أنه عرف سبب وضع يده وهو إقرار الأول له مع تصديقه وقد زال تصديقه ولا يعيده إلى الأول لأنا إنما نبقيه في يده عند الإنكار أما بعد الاعتراف ورفع يده فلا نعيده إليه لأن في الإعادة إليه حكماً بثبوت يده ولا وجه للحكم بذلك مع كونه مقراً للغير وهذا بخلاف التبقية عنده ابتداء فإنها ليست بحكم له وإن قلنا اليد يد ملك كما بيناه آنفاً ورددنا به [كلام][(٦)] ابن الرفعة فتأمله وكل هذا إذا لم أجده مسطوراً أو أخص منه ما وقع عندي في المحاكمات شخص أقر بعقار لآخر ملكاً وصدقه المقر له ثم مات فعاد المقر يدعي على وارثه بذلك العقار ويقول إنما أقررت به لمورثك مكرهاً ولم يثبت الإكراه لكن كان من جواب الوارث أنها وقف. فقلت إن كان المورث قد أحدث الوقفية بعد ما ثبت له [المالكية][(٧)] فذاك وإلا فهل هذا من الوارث تكذيب للمقر لأنه يقول هي

---

(١) سقط في «ب».
(٢) في «ب» ورجحه.
(٣) في «ب» قاله.
(٤) في «ب» ينتزعه.
(٥) في «ب» ينتزعه.
(٦) في «ب» بحث.
(٧) في «ب» الملكية.

ملك مورثك [ونقول][1] بل وقف وكلام الوارث منزله منزلة[2] المورث فيصير مكذباً بعد التصديق فيعود المقر ويقول قد أكذبتني في إقراري لك بالملكية فلتبق يدي على ما أقررت به ولا تنزع كمن كذب المقر ابتداء [وليس][3] بتكذيب لأن المورث قد صدقه وانفصلت الخصومة فلا يعود [يدعي][4] الوارث الوقفية هذا موضع نظر واحتمال[5] قاعدة ليس كلما لا [معه][6] الحاكم إذا وقع يجيب إليه أو يأذن فيه إذا طلب ومن ثم فروع منها الأصح أنه لا يجيب الشركاء إذا طلبوا قسمة ما لا تبطل منفعته بالكلية إذا كسر كالسيف ولكن إذا اقتسموا بأنفسهم لم يمنعهم بخلاف ما تبطل منفعته بالكلية كالجوهرة النفيسة.

ومنها: قال الشيخ الإمام الوالد [رحمه الله لا][7] يجوز للحاكم الإجابة إلى بناء ما استهدم من الكنائس ولا الإذن فيه وكاد يدعي الإجماع على ذلك وإن كان لا يمنع عند إعادة ما استهدم من كنيسة قديمة على الخلاف فيه.

ومنها: على القول بأن المشرك إذا انتقل إلى دين يقر أهله عليه لا يقبل منه إلا الإسلام أو الدين الذي كان عليه قال الأصحاب لا يقال له أسلم أو عد إلى ما كنت[8] بل يقال له أسلم فإن عاد إلى غيره تركناه أصل يرد إليه قاعدة الكفارات من العبادات جابر [وزاجر][9] والمعنى بالجابر ما يجبر مصلحة فاتت ويستدركها فهو داخل في جلب المصالح والمعنى بالزاجر ما يمنع من ارتكاب مفسدة. إما محرمة أو مكروهة أو مصورة[10] بصورة المحرم فإنه رب مفسدة انتفى التكليف فيها لعدم العلم ونحوه ولم يخرجها انتفاء التكليف عن كونها مفسدة كما إن قتل غير المستحق دمه مفسدة وإن جاء من قبل [الخاطيء][11] الذي لا تكليف عليه فإذا الزواجر من [قبيل][12] درء المفاسد فيكون الزاجر أعم من الجابر لأن درء [الفساد][13] أعم من جلب المصالح كما ذكرنا في

(١) في «ب» وهو يقول.
(٢) في «ب». منزل منزلة كلام المورث.
(٣) في «ب» أوليس.
(٤) في «ب» بدعوى.
(٥) في «ب» واحتمال منها.
(٦) في «ب» يمنعه.
(٧) سقط في «ب».
(٨) في «ب» ما كنت عليه.
(٩) في «ب» وزادوا.
(١٠) في «ب» مقصورة.
(١١) في «ب» الحناطي.
(١٢) في «ب» قبل.
(١٣) في «ب» المفاسد.

أول الكتاب غير أنا إذا قابلنا درء [الفاسد] (١) بجلب المصالح أو الـــرواجر بالجوابر فإنما يعني به ما هو من الزواجر مقصور على درء المفسدة وليس بجالب للمصلحة إذا عرفت هذا فقد اختلف في الكفارات أهي من الجوابر أو الزواجر فقال كثيرون إنها جوابر لما فات من حق الله [تعالى بدليل] (٢) وجوبها على حافر البئر والنائم ونحـوهما ولأنهـا عبادات للنية فيها مدخل فلا تشبه الحدود والتعزيرات التي هي زواجـر محضة وقـال أخرون بل هي زواجر عن الفعل التي وضعت بإزائه أما لفاعله أن يقع في مثله أو لغيره أن يفعل [مثل] (٣) فعله وإذا جريت على هذا الأصل وصح لك أن إيجاب الكفارة في قتل العمد واليمين الغموس أحق منه في إيجابها في قتل الخطأ وغير الغموس سواء قلنـا الكفارات زواجر أم جوابر لأن [الزجر والجبر] (٤) فيهما أولى منه في غيرهما غير أن الخصوم يتعلقون بشيئين أحدهما: أن المعصية ربما ترقت على حد التكفير لغلظها في نفسها ولو استدل لهم مستدل بقوله تعالى. قاعدة [كل ما](٥) شرط في الراوي والشاهد فهو معتبر عند الأداء لا عند التحمل إلا في مسائل:

منها: الشهادة في النكاح فإن الشروط معتبرة عند التحمل أيضاً لتوقف انعقـاد العقد على حضور عدلين فإن قلت أليس يكفي حضور مستورين على الأصح. قلت: لأن [ظاهرهما] (٦) العدالة ولو تبين خلافها فالنكاح باطل على المذهب.

ومنها: على قول ضعيف الصبي إذا تحمل الرواية فبلغ فأدى لا يقبل وهذا في الرواية أما لو تحمل الشهادة فبلغ فأدى فلا نعرف خلافاً في قبول شهادته بل لو أداها في الصبا فرد ثم أعادها بعد البلوغ قبلت قطعاً.

ومنها: إذا وكله في البيع واشترط عليه الإشهاد.

ومنها: إذا وكله في قضاء دين فقضاه في غيبة الموكل، وجب عليـه الإشهاد. ولكن الأصح الاكتفاء بشاهديـــن ظاهرهما العدالة أو بشاهد واحد فالاستثناء على وجه.

وكذا إذا وكله في الإيداع. فأودع ولم يشهد لم يضمن على الصحيح.

ومنها. . . .

قاعدة: مستند الشاهد إن كان إخفاؤه يورث ريبة تعين ذكـره، فلا تقبل الشهادة إلا

---

(١) في «ب» المفاسد.
(٢) سقط في «ب».
(٣) في «ب» مثله.
(٤) تقديم وتأخير.
(٥) في «ب» كلما.
(٦) في «ب» ظاهرها.

بذكره، وإن كان ذكره يورث ريبة تعين إخفاؤه فترد الشهادة عند ذكره. وإن لم يتعلق ريبة [لا][1] بذكره ولا بإخفائه لم يضر واحد منهما، وإن تردد النظر في أنه هل يورث ريبة؟ اختلف فيه، وقد تطلب قرينة تدفع الريبة من موافقة مذهب الشاهد للحاكم وفقهه ونحو ذلك.

فما يورث إخفاؤه ريبة؛

الجرح فلا يخفى اختلاف المجتهدين في أسبابه، ثم اشتباه كثير منها على كثير من الناس، فمن ثم لم يقبل إلا مفسراً[2].

ومنها: إذا أخبره ثقة بنجاسة الماء أو شهد به شاهدان لم يقبل ما لم يتبين السبب إلا إذا كان المخبر أو الشاهد فقيهاً موافقاً في المذهب.

ومنها: الشهادة باستحقاق الشفعة لا بد فيها من بيان السبب.

ومنها: الشهادة بأنه وارثه.

ومنها: الشهادة بالردة على ما صححه الشيخ الإمام الوالد وهو الصحيح الذي اقتضى بصحته كلام الرافعي والنووي - وإن كانا رجحا الاكتفاء لإطلاق تصحيحه في باب الردة.

ومنها: الشهادة بانتقال الملك أصح الأوجه لا بد من بيان سبب الانتقال.

والثالث: الفرق بين الفقيهين الموافقين وغيرهما.

ومنها: لو شهد أن بينهما رضاعاً محرماً.

ضابط الاستفاضة:

اقتضى كلام أقوام أنها خبر جمع يمتنع تواطؤهم على الكذب. وعليه دل كلام الرافعي في بعض المواضع فعلى هذا هل هي التواتر بعينه.

واقتضى كلام قوم أنها دونه، مع القطع بأنها فوق الظن المجرد، وهذا ما اقتضاه كلام الرافعي في كتاب الشهادات في مستند علم الشاهد إذ حكى فيها أوجهاً أصحها «أنه خبر جمع كثير مع العلم أو الظن القوي بقولهم ويؤمن

---

(١) سقط في «ب».

(٢) وأجاز أهل العلم التخريج صوناً للشريعة ودفعاً عنها.

قال الله تعالى: ﴿إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا﴾.

تواطؤهم على الكذب، غير أن لك أن تقول: إنما يؤمن التواطؤ على الكذب عند اليقين، وهذا نحو كلامه في كتاب القضاء، إذ جعل فيه المستفيض دون المعلوم.

والذي يظهر أن المستفيض قد يكون معلوماً وقد يكون مظنوناً قوياً، غير أنه إذا انتهى إلى العلم كان متواتراً، فإذا هو أعم من التواتر، وإذا لم ينته إلى العلم فقد يعمل به وقد لا يعمل به، لأنا نتطلب في بعض الأماكن مستفيضاً انتهى إلى درجة العلم، وسيظهر لك ذلك.

وإذا عرفت هذا فنقول: قال أصحابنا: لا تقبل الشهادة بالاستفاضة إلا في مسائل الموت والنسب. ولو من الأم، على الأصح، والوقف والنكاح والولاء وولاية الوالي وعزله والرضاع، وتضرر الزوجة، والصدقات والإسلام والكفر والرشد والسفه، والحمل، والولادة والوصايا، والحرية، وشراب قديم معروف بقوم، واللوث وكذا الغصب ـ ذكره الماوردي في الأحكام السلطانية وهو ظاهر، والدين وهو على وجه حكاه الهروي في الاشراف.

ومنها: التعديل والجرح.

وهنا فوائد: أحدها: نقل الرافعي عن العدة أنه لو استفاض فسق الشاهد بين الناس، فلا حاجة إلى البحث والسؤال وينزل المستفيض منزلة المعلوم.

وسكت على هذا في الفصل الرابع في التزكية في كتاب القضاء، ثم بعد ورقتين ـ ذكر أنه إذا استفاض الفسق وانتشر جاز الجرح به فيما حكى ابن الصباغ وصاحب التهذيب وغيرهما.

قلت: وليست هذه مسألة العدة، فتلك في أن الاستفاضة بفسقه تدفع بها شهادته، أما إنشاء الحكم به: فهو مسألة ابن الصباغ وصاحب التهذيب وليتنبه فيها لأمرين.

أحدهما: أنهماوغيرهمالم يجوزوا ـ ولا واحد منهم ـ الجرح بمجرد الشياع والانتشار بل لا بد ـ معهما ـ من حصول العلم، وبذلك صرح الماوردي والبندنيجي، وإليه أشار ـ أيضاً ـ ابن الصباغ وصاحب التهذيب.

أما إذا لم يفد العلم اليقين، فلا يجوز اعتماده وهتك أعراض الناس به، قال ابن الرفعة: وبهذا صرح الغزالي تبعاً للإمام في مكان آخر قال: وهو الحق، لأنه مما يمكن

الوقوف عليه، وليس من شأنه ـ إذا وقع ـ أن تتناوله الألسن على مرور الزمان فلا يقنع فيه بما لا يحصل العلم من الاستفاضة، قال: ولهذا حكي عن الشيخ أبي حامد أنه قال: السماع من الواحد والعشرة لا يجوز الشهادة به، لأنه لا يصير به علماً ـ وإن كان من مذهبه الاكتفاء في الاستفاضة بالسماع من عدلين.

قلت: وكذلك قال صاحب البحر: وإنما لم يقيده الرافعي بالعلم لأنه ذكر عقيبه أنه لا يجوز الجرح بناء على خبر الواحد والعدد اليسير، ومعلوم أنه لو اكتفى بالظن لاكتفى بالواحد، أو بالظن القوي لاكتفى بالعدد اليسير.

وفي المهذب أنا إذا اكتفينا بقول أصحاب المسائل جاز للواحد منهم أن يعتمد فيما يشهد عند القاضي من الجرح والتعديل على قول واحد إذا سكنت نفسه إليه.

وهو مأخوذ من الماوردي، لكنه مفروض في أصحاب المسائل، ثم هو غير موافق عليه وما ذكره الشيخ أبو حامد وغيره في غير أصحاب المسائل فهذا أحد الأمرين.

والثاني: أنه مخصوص بالشاهد إذا استفاض عنه فسقه.

أما الحاكم لو استفاض فسقه، فهل للشاهد أن يشهد به؟ فهذا لم أره مسطوراً، والذي أعتقده أنه لا يجوز، لأن الكلام بالبهتان في أرباب الولايات كثير، وتقضي العادة بأنه لا يستفاد منه علم، بل ولا ظن قوي.

الفائدة الثانية: هذا كله في استفاضة لها أصل، لأن هذا في معنى المستفيض، ونعني بما له أصل ما ينتهي الحال فيه إلى عدول معينين يخبرون عن مشاهدة أدنى عددهم ـ كما علمت ـ أحد عشر، ولا يكتفى بمجرد شياع لا يعرف أصله، وإليه الإشارة بقول الرافعي: لا يجوز الجرح بناء على خبر الواحد والعدد اليسير، نعم له أن يشهد على شهادته بشرط الشهادة على الشهادة انتهى.

وهو صحيح، ذكره أكثر الأصحاب، غير أن الرافعي لم يعين مقدار العدد اليسير، وقد قدمنا عن الشيخ أبي حامد وصاحب البحر أنهما قالا: لا تكفي العشرة، فحينئذٍ [**أقل ما يكفي**](1) أقل جموع الكثرة وهو أحد عشر فليتنبه لذلك، فمن زعم استفاضة بدون هذا العدد فهو جاهل.

الثالثة: الاستفاضة ـ على ما فهمت عن الأصحاب ـ غير السماع، والسماع هو

(١) سقط من «أ» والمثبت من «ب».

الذي وقع في لفظ الشافعي رضي الله عنه، والمراد به التواتر.

الرابعة: شرط العمل بالاستفاضة أن لا تعارض باستفاضة مثلها، فإن عورض بطل حكمه لأنا إن شرطنا العلم في الاستفاضة فالمعارضة تدل على أنه لا استفاضة من الجانبين، لأن القاطعين لا يتعارضان.

وإن قلنا: يكتفى فيها بالظن الغالب، فعند المعارضة ليس الظن المستفاد من إحدى الاستفاضتين بأولى من مقابلهما، وهذا مما لا يتصور فيه خلاف.

قاعدة: [**من قبلت روايته أو شهادته في شيء**][1] فهل يكتفى بإطلاقه القول في ذلك أو يكلف بيان السبب؟

التحقيق أنه لا يكلف [بيان السبب][2] فيما لا تشتبه طرقه ويختلف فيه المجتهدون[3] وهل يكلف فيما اشتبهت طرقه واختلف المجتهدون فيها طلباً للاحتياط ودرءاً لاحتمال يخالف اجتهاد الشاهد والمشهود عنده واحتمال بناء الشاهد شهادته على ظن ليس هو عند المشهود عنده كما هو عنده أو لا يكلف اكتفاء بأن الجاهل بما هذا شأنه لا يقبل خبره، ولا شهادته في ذلك؟

وإذا كان عالماً فهو يدري أين يضع قوله أو يكلف عدم ذكره لئلا يورث ذكره إياه ريبة.

هذه احتمالات ثلاثة، والتحقيق فيها الاختلاف باختلاف الصور.

فمنها: الشهادة بالجرح والتعديل، والصحيح لا بد من بيان سبب الجرح دون التعديل.

ومنها: ما إذا أخبره ثقة بنجاسة الماء أو شهد به شاهدان لم يقبل ما لم يبين السبب، إلا إذا كان المخبر أو الشاهد فقيهاً موافقاً في المذهب.

ومنها: لو شهد باستحقاقه الشفعة فلا بد من بيان السبب

[**ومنها لو شهد بأنه وارثه لا بد من بيان السبب**][4].

ومنها: لو شهد بالردة. رجح الرافعي والنووي القبول مع الإطلاق، واقتضى كلامهما ـ في مواضع ـ أنه لا بد من بيان السبب، وهو الصحيح عند الشيخ الإمام وإياه يصحح ويستشكل ما وراءه.

---

(١) تقديم وتأخير.

(٢) سقط في «ب».

(٣) في «أ» ويختلف فيه المجتهدين والمثبت من «ب».

(٤) سقط في «أ» والمثبت من «ب».

ومنها: لو شهد بالموضحة الأصح القبول، وقال القاضي الحسين: «لا بد من التعرض لإيضاح العظم»، وتردد فيما إذا كان الشاهد فقيهاً وعلم القاضي أنه لا يطلق لفظ الموضحة إلا على ما يوضح العظم.

ومنها: إذا شهدا بانتقال الملك إلى زيد ولم يبينا سبب الانتقال فأصح الأوجه عدم القبول، والثالث: إن كانا فقيهين موافقين فلا حاجة إلى بيان السبب.

ومنها: إذا شهدا أن حاكماً حكم بكذا ولم يعيناه فالأصح القبول.

ومنها: إذا شهدا أن بينهما رضاعاً محرماً ففي الاحتياج إلى السبب وجهان: الأكثر لا يحتاج، وتوسط الرافعي....

قاعدة: الشيء الذي لا ينضبط أسباب الاطلاع عليه إذا أثارت أسباب معرفته لبعض العارفين بها ظناً يسوغ له الشهادة بمقتضى ذلك الظن ـ لم يجز له أن يصرح به في شهادته، لأن ذكره إياه بين يدي الحاكم قد يورث الحاكم ريبة، إذ من الجائز أن لا يتبين عند الحاكم الظن الذي أثاره عند الشاهد، لا سيما وقد يقوم عند الشاهد إشارات تقصر عنها العبارات، ومن ثم قالوا فيما يشهد فيه بالاستفاضة: أن الشاهد [لو](1) صرح بأن مستنده الاستفاضة لم يقبل، لأنه أضعف قوله بذكر مستنده.

وفي القاعدة مسائل:

منها: ما ذكرناه من أن الشاهد فيما يشهد به فيه بالاستفاضة لا يذكر مستنده.

قاعدة: ذكر بعضهم أن أصل قاعدة مذهبنا «أن اللهو واللعب أصلهما على الإباحة خلافاً لمالك».

وهذه العبارة لا أعرف أحداً ـ من الأصحاب ـ قالها، ولكنها قضية أن أصول الأشياء على عدم التحريم.

فائدة: قال الجرجاني في «المعاياة» والروياني في «الفروق»: ليس أم ولد يمتنع السيد من وطئها من غير تعلق حق زوج بها إلا في مسألتين.

إحداهما: أن يشتري أخته من الرضاع ويطأها جاهلاً بالتحريم ويحبلها، فإنها تصير أم ولد، ويمنع من وطئها للتحريم القائم بينهما بالرضاع.

قلت: ولا حاجة إلى تقييد التصوير بأخوة الرضاع، بل لو اشترى أخته من النسب

---

(1) في «ب» إذا.

ووطئها بشبهة صارت أم ولد، وحرمة الوطء قائمة بل لو وطئها لا بشبهة صارت أم ولد أيضاً، وصار الولد حراً نسيباً، وإن وجب التعزير على الأظهر والحد على قول، وصيرورتها أم ولد وولدها نسيباً على كل من القولين.

كذا، جزم به الرافعي في [عتق][1] أمهات الأولاد، ولكنه في باب حد الزنا ـ جعل ذلك طريقة مرجوحة، فقال: فإن قلنا: لا حد ثبت النسب والمصاهرة وإلا. فلا، وقيل يثبت النسب وتصير الجارية أم ولد بلا خلاف. انتهى.

قالا: والثانية: أن يكون لكافر أم ولد فتسلم، فإنه يمنع من وطئها إلى أن يسلم.

قلت: وبقيت ثالثة: إذا وطىء الأب أم ولد ابنه بشبهة حرمت على الابن على التأبيد ولم تحل للأب بحال.

فائدة: ليس من لا يضمن شخصاً ولكن يضمن طرفه إلا السيد مع مكاتبه إن قتله لم يضمنه، وإن قطع طرفه ضمنه. . . .

قاعدة: قال صاحب التنبيه: «لا تصح الدعوى بمجهول إلا في الوصية».

وهذه القاعدة صحيحة، وقد طردها القاضي الحسين، ومنع الدعوى بالمجهول في الوصية أيضاً ولكن الصحيح خلافه، لئلا يضيع حقه، إذ لا طريق له غيرها وقول القاضي: يعين قدراً ويدعي أن الموصي أراده ـ كيف يستقيم. . . والغرض أنه أوصى بمجهول.

وقد تورد ـ أيضاً ـ الشفعة، فإن الشيخ الإمام رجح الدعوى بحقها وإن لم يعين للثمن قدراً ولا ادعى المشتري به علماً، وذكر أن قضية كلامهم تأباه.

قلت: وصرح بمنعه القاضي أبو سعد في «الاشراف» وبتقدير جوازه ـ على [مثال][2] الشيخ الإمام ـ فالمدعى به ليس بمجهول لأنه حق الشفعة، إنما المجهول شرطه وهو الوقوع بثمن معين.

وكذلك قد يورد ما إذا ادعى رب المال في المساقاة ـ على العامل ـ خيانة لا لقصد تغريمه بل لرفع يده. ففي سماعها مجهولة. وجهان في «الحاوي» قال الشيخ الإمام ـ في باب المساقاة ـ «أصحهما سماعها» قال: «وليس ذلك من المواضع المستثناة في سماع الدعوى بالمجهول، لأن هذا إنما هو دعوى خيانة، [وهو][3] أمر معلوم، فيختلف

---

(١) في «ب» غير. (٢) في «ب» على ما قال. (٣) في «ب» وهي.

عليه، أو تقام به البينة. وإن شارك الدعوى بالمجهول في الصورة.

وضم بعضهم ـ إلى الوصية ـ الإقرار، فإن الدعوى ـ بالإقرار بمجهول ـ صحيحة على الصحيح.

ولك أن تقول: المجهول في الإقرار ليس مجهولاً من كل وجه، ومن ثم يقول، «التحرير» في هذا الضابط: «إن المجهول من الحقوق ـ ضربان».

ضرب لا يكون ثابتاً، وإنما يطلب ثبوته، وبعبارة أخرى نقول: يكون ثبوته موقوفاً على تعيينه، والمطلوب من الحاكم [تعيينه][1] وبعبارة ثالثة: نقول: يطلب من الحاكم إنشاء تقديره فتسمع الدعوى به ـ مع الجهالة ـ بلا خلاف. وليس مما نحن فيه، وذلك كالمتعة والحكومة والمفروض للزوجة.

وضرب يكون [ناشئا][2] ـ لا يحتاج إلى إنشاء الحاكم إثباته ولا في تعيينه وهو ثلاثة:

الأول: المجهول في نفس الأمر وهو المبهم كالوصية بمجهول.

الثاني: المجهول عند المدعي ولكنه [معلوم][3] في نفس الأمر. وهو الإقرار بالمجهول والصحيح التحاقه بالأول.

الثالث: أن يكون معلوماً عند المدعي غير أنه يجهله على الحاكم ولا يبينه له، فهذا هو الذي لا تصح الدعوى به، ولا يستثنى منه شيء.

قاعدة: «لا تصح الدعوى إلا من مطلق التصرف»...

قاعدة: «قال الشيخ أبو علي رضي الله عنه: «كل ما صحت إقامة البينة به صحت الدعوى به»».

ونقضها ابن أبي الدم بصور تكلم عليها الشيخ الإمام في باب الإقرار من شرح المنهاج.

قاعدة: «كل دعوى يشترط فيها أن تكون متعلقة بشخص معين».

وفي وجه يستثنى الدم فإذا قال: قتله أحدهم ـ وهم جمع يمكن اجتماعهم على قتله ـ حلفهم الحاكم. وصححه الغزالي في الوجيز.

والأصح ـ في المنهاج والروضة المعزو في الشرح الكبير إلى تصحيح صاحب

---

(١) سقط في «ب». (٢) في «أ» ناشئاً، والمثبت من «ب». (٣) سقط في «ب».

التهذيب ـ أن القاضي لا يجيبه. قال الرافعي: ولم يورد جماعة من الأصحاب غيره.

وحاول ابن الرفعة موافقة الغزالي على تصحيح الأول فقال في «المطلب»: ومأخذ الخلاف يشبه الخلاف في الدعوى المردودة للحاجة كما إذا دفع ثوباً قيمته خمسة ليبيعه بعشرة ولم يدر هل باعه [أو تلف][1] أو هو باق، وقد نقل الغزالي عن القاضي أن القضاة اصطلحوا على قبول هذه الدعوى، وقضية التشبيه أن يكون الأمر هنا كذلك فلا جزم. قال في الوجيز: «إنه الصحيح» وهو يوافق قول ابن الحداد إذا أبهم الإيلاء بين امرأتين وحضرتا طالبتين للفيئة أو الطلاق تسمع منهما ـ مع إبهام المستحقة ـ ويعضده اتفاق الأصحاب ـ على سماع الدعوى ـ مجهولة ـ بالوصية، لأنه لو لم تصح الدعوى مع الجهالة لأدى ذلك ـ في الغالب ـ إلى ضياع حقه، وذلك موجود في القتل.

قلت: ولا يخفى على ابن الرفعة أن الإبهام فيما ذكره من الصور ليس هو في المدعى عليه حتى يشابه ما نحن فيه، وإنما هو في مسألة الثوب في المدعى به وكذلك في مسألة الوصية ـ الدعوى بمجهول لا على مجهول ـ وفي مسألة الإيلاء الإبهام في المدعي نفسه، فإن الدعوى ـ في الحقيقة ـ من أحدهما وهي مبهمة ـ لا منهما ولا من معينة.

ولكن كأنه يشير إلى أنه لا فرق بين الجهل بالمدعي ـ كالمرأتين ـ والمدعى به كالثوب، والمجهول الموصى به والفيئة أو [الطلاق][2] ـ اللتين يطلب في الإيلاء إحداهما ـ والمدعى عليه كمسألة الدم.

وكان أوضح من استشهادابن الرفعة ـ التصحيح مع الإبهام بما ذكره ـ أن يستشهد بقول الرافعي في طرق اللوث: «لو قال: القاتل أحدهم ـ ولا أعرفه ـ لم يمكن الولي من القسامة، وله أن يحلفهم، فإن نكلوا بأجمعهم فأراد أن يحلف واحد منهم. . . . المسألة.

فإن جزمه بأن له تحليفهم يقتضي صحة الدعوى، لأن التحليف فرعها ومن هذا يؤخذ أن الرافعي ـ في مسألتنا هذه ـ إما أن يكون موافقاً للغزالي على ما صححه، أو لا تصحيح له في المسألة.

وإن في إطلاق النووي التصحيح ـ في أصل الروضة ـ نظر [ولم يحمل][3]

---

(١) في «ب» باعه وتلف. (٢) في «ب» الإطلاق. (٣) في «ب» أولم يحمل.

النووي على ذلك إلا قول الرافعي: «إنه لم يورد جماعة من الأصحاب غيره»، وعزوا تصحيحه إلى صاحب التهذيب.

في هذه المسألة تنبيهات:

أحدها: أن الغزالي جعل - في الوسيط - محل الوجهين في أنه هل تسمع الدعوى على واحد منهم - من أحد العشر مثلاً؟

وجعل الإمام رحمه الله محلها في التحليف، إذ قال: «ولو أشار إلى جمع محصورين وقال: أعلم أن قاتل أبي فيكم وأحلفكم واحداً [واحداً](١) ، هل له ذلك؟ على وجهين مشهورين.

أحدهما: ليس له ذلك، فإن اليمين [مرتب](٢) على الدعوى، وإذا لم تتعلق الدعوى - الجارية - بالتحليف، لم ينتظم تحليفه.

والثاني: يحلفهم، لأنه يتطرق به إلى إظهار غرضه. قال ابن الرفعة:

وهذا الإيراد قد يفهم أن الدعوى لا تسمع جزماً، وإنما الخلاف في طلب اليمين، وذلك أمر لا يعقل، فلذلك نصب الغزالي الخلاف في الدعوى.

قلت: وإيراد الرافعي ومن بعده - إلى منهاج النووي - جار على قضية ما أورده الإمام، فليتأمل.

وهذه عبارة المنهاج: فلو قال: قتله أحدهم لم يحلفهم القاضي في الأصح، وقول ابن الرفعة: إن اليمين من غير دعوى لا يعقل، يعنى في الخصومات وإلا فالشافعي يحلف رب المال إذا اتهمه في الزكاة، ومسائل كثيرة يقع التحليف فيها من غير دعوى، ولكن ابن الرفعة إنما أراد التحليف في الخصومة عند الحكام، ولا يرد عليه ما قدمناه فيما إذا قال: «القاتل أحدهم» ولا أعرفه حيث ذكرنا أن له التحليف، فإن ذلك التحليف ليس إلا بعد الدعوى.

نعم لو كان الرافعي صحح أن الدعوى غير مسموعة، ثم قال: إن له التحليف لأورد على ابن الرفعة لو أشكل على الرافعي والحق أنه لا يورد [اليمين](٣) وأن اليمين من غير دعوى في الخصومة غير معقولة - كما ذكر ابن الرفعة.

لكن لك أن تقول: سلمنا أن التحليف من غير دعوى غير معقول، لكن الدعوى من غير تحليف معقولة، كالدعوى على قيم اليتيم، وسائر المسائل التي يقبل قول المرء

---

(١) في «ب» واحداً فواحداً. (٢) في «ب» تترتب. (٣) سقط في «ب».

من غير يمين، فإنه يدعي عليه، ثم لا تؤول تلك الدعوى إلى يمين، **فما مستند الغزالي** في وضعه الوجهين في سماع الدعوى.

الثاني: قال الغزالي ـ في الوسيط ـ لكنهم لو نكلوا جميعاً أشكل اليمين المردودة على الدعوى المبهمة انتهى.

ولم يذكره الرافعي في «الشرح» ولم يبين ابن الرفعة في «المطلب» حال هذا الكلام، وكان ذلك لوضوحه عنده.

وحاصله: أن النكول يقتضي اليمين المردودة، ولا سبيل إليها هنا، لأنه لم يعرف عين القاتل ليحلف أنه هو فأورد الغزالي هذا الإشكال على من يصحح سماع الدعوى المبهمة ـ ولعله ـ من أجله ـ لم يفصح في «الوسيط» بتصحيحها، وإن كان في «الوجيز» صححها.

وأنا أقول: هذا الإشكال مندفع.

أما إن قلنا: بأن النكول في القسامة لا يقتضي رد اليمين ـ وهو وجه مفرع على القول باقتضاء القسامة في القصاص **[فواضح]**[1] إذ ليس كل نكول ـ والحالة هذه ـ مقتضياً لرد اليمين.

وأما إن قلنا بالرد ـ وهو الصحيح ـ فأقول: لا رد هنا ولا إشكال، فرب ناكل لا ترتد اليمين ـ بعد نكوله ـ على المدعي، ألا ترى أن ولي الصبي إذا ادعى له بشيء، وطلب يمين المدعى به ونكل، فإن الولي لا يحلف.

فإن قلت: لأنا ننتظر بلوغ الصبي فنحلفه، ولا كذلك فيما نحن فيه.

قلت: بل ننتظر أيضاً أنه يعين القاتل ثم يحلف، ونقول له: عين من اتهمت واحلف.

فإن قلت: لو عينه **[كان]**[2] مجدداً دعوى غير تلك الدعوى، والتحليف ـ حينئذٍ ـ فيها لا في تلك.

قلت: بل يحلف في تلك الدعوى بعينها، ولا يكلف دعوى مجددة، لأن التعيين لا ينافي الإبهام، كما أن الإطلاق لا ينافي التفصيل.

والصحيح المنصوص أنه إذا أطلق الدعوى يستفصله القاضي ولا يعرض عنه بل

(١) في «ب» واضح.

(٢) في «ب» لكان.

يقول: أعمداً قتلته أم خطأ؟ أمنفرداً أم مشاركاً لغيره، فدل أنه لا منافاة، ولو نافى التعيين والتفصيل الإبهام والإطلاق. لم يسمعا لمناقضة الدعوى الثانية للأولى.

الثالث: الخلاف في الدعوى المبهمة يجري في دعـوى ـ الغصب والإتلاف والسرقة وأخذ الضالة ـ على أحد الرجلين أو الثلاثة، ولا يجري في دعوى القرض والبيع وسائر المعاملات، وقيل: يجري فيها أيضاً، وقيل: بل هو مقصور على دعوى الدم، [**فهي**][1] ثلاث طرق.

قاعدة: ذكرها الإمام في «النهاية» في باب القسامة: كل يمين لا يمين بعدها في مراتب الخصومات فالنكول عنها هل يبطل حق الناكل؟

فيه خلاف، ومن ثم إذا ردت اليمين على المدعي فامتنع، فيسأله القاضي عن سبب امتناعه، فإن لم يتعلل بشيء، أو قال: لا أريد أن أحلف فهذا النكول يسقط حقه في اليمين، وهل يتمكن من استئناف الدعوى وتحليفه في مجلس آخر حتى إذا نكل حلف المدعي أو لا يتمكن من ذلك ولا ينفعه إلا البينة؟ فيه وجهان: قال العراقيـون والهروي أبو سعد والرويـاني بالأول، وقـال الإمام والغـزالي والبغوي بـالثاني. قـال الرافعي: وهو أحسن وأصح لئلا تتكرر الدعوى في القضية الواحدة.

قاعدة: ذكرها الإمام في باب دعوى الدم والقسامة قال الأصحاب: الأصل أن من نكل عن يمين في خصومة لا يحلف تلك اليمين ـ بعينها ـ في ذلـك المقام من تلك الخصومة.

وهل يحلف في مقام آخر من تلك الخصومة مع اتحاد المقصود؟ فيه خلاف، ومن ثم لو علل المدعي امتناعه عن اليمين بعذر ثم عاد بعد مدة ليحلف، مكن منه وإن [**تعلل**][2] أو صرح بالنكول فقال الغزالي والبغوي: يبطل حقه من الحلف. وليس له العود واستمر العراقيون على أن له العود.

فلو أقام شاهداً واحداً في دعوى مال ولم يحلف معه فحلفنا المدعى عليه فنكل فهل ترد اليمين على المدعي وقد امتنع عن اليمين مع الشاهد؟ فيه قولان:

وكذلك إذا لم يكن ـ في دعوى المال ـ شاهد فرددنا اليمين على المدعي بعد نكول المدعى عليه فنكل عن يمين الرد ثم أقام شاهداً وأراد أن يحلف مع شاهده فهل له ذلك؟ فيه قولان:

---

(١) في «ب» فهو.

(٢) في «ب» وإن لم يعلل.

قاعدة: ذكرها الإمام [**في النهاية**][1] في باب دعوى الدم وقال إنها ضابط تمس الحاجة إلى ذكره «كل نكول يتعلق به حق ـ سلف حالف بعد النكول إذا طهر فلا عود من الناكل».

ومن ثم إذا أراد المدعى عليه ـ بعد الامتناع ـ أن يعود فيحلف، فإن كان بعد أن حكم القاضي بأنه ناكل أو قال للمدعي: احلف لم يكن له الحلف، وإن أقبل عليه ليحلفه ولم يقل له ـ بعد ـ احلف، فوجهان.

وإن لم يكن «شيء من ذلك، فله الحلف، حتى لو هرب المدعى عليه قبل أن يحكم القاضي بأنه ناكل وقبل عرض اليمين على المدعي، لم يكن للمدعي أن يحلف اليمين المردودة، وكان للمدعى عليه أن يحلف إذا عاد. . . .

قاعدة: لا يقضى بالنكول واستثنى مسائل.

منها: الصبي يُسْتَأْسَر ويوجد قد أنبت ويدعي الاستعجال بالدواء، ونقول الإنبات علامة البلوغ، فيحلف، فإن نكل جاز قتله.

منها: الذمي يسلم ويدعي أن إسلامه قبل السنة فلا جزية فيحلف فإن نكل أخذت منه ومن مات من غير وارث فادعى له الإمام بدين فنكل المديون، لزمه الدين.

ومنها: إذا ادعى رب المال أنه لا زكاة عليه ونكل، لزمته.

ومنها: إذا ادعى ولد المرتزق البلوغ لينزل في الديوان وحلف فنكل لم ينزل.

واعلم أنه لا يصح استثناء شيء من هذه الصور، وقد عد الجرجاني ـ في المعاياة ـ سبع مسائل وقال في أولها: «يحكم على الناكل بأصل الوجوب لا بالنكول فأشار إلى أنه لم يقع قضاء بنكول. وهو الصواب.

قاعدة: قال الرافعي رحمه الله في باب الدعوى والبينات: «الحالف كل من توجهت عليه دعوى صحيحة».

وقد قيل: من توجهت عليه دعوى لو أقر بمطلوبها ألزم به، فإذا أنكر حلف عليه وقبل منه، ولا بد من استثناء صور عن هذا الضابط انتهى.

والعبارة الثانية ـ وهي قوله: «وقد قيل» إلى آخره ـ يحتمل شرحاً للعبارة الأولى، لأن الدعوى الصحيحة هي التي لو أقر بمطلوبها ألزم به ـ وهذا ما فهمه الوالد رحمه الله، واستدل عليه بثلاثة أمور.

---

(١) سقط في «ب».

أحدها: قوله «وقد» فإنها ليست العبارة المألوفة في ذكر الخلاف.

والثاني: قوله: «عن هذا الضابط» وما قال الضبطين.

والثالث: اقتصاره - في «المحرر» قلت: وكذلك في الشرح الصغير - على العبارة الثانية، فلو كانت عنده ضعيفة لما اقتصر عليها.

ويحتمل أن يكون خلافاً. وهذا ما فهمه النووي - وإن كان في المنهاج اتبع المحرر، ويدل على أنه فهم ذلك قوله - في الروضة - وقيل: «كل من توجهت» إلى آخره، فحذف لفظ «قد» تصريحاً بالخلاف، ويؤيده أن الإمام ذكر - عن القاضي الحسين ضابطاً فيما يجري فيه التحليف، وحاصله أنه حكى وجهين:

أحدهما: أن حده أن يدعي حقاً.

والثاني: أن ينفي دعوى ما لو أقر به ليقع إذا كان لا يؤدي إلى فساد احترازاً عن منع تحليف الشاهد والقاضي.

فلعل قول الرافعي: «وقد قيل» - إشارة إلى هذا الوجه الثاني.

ثم يستثنى مسائل لا تحليف فيها مع صحة الدعوى وكونها لو أقر بمطلوبها ألزم. . . .

قاعدة: قال الرافعي: «كل مكلف حنث في يمينه لزمته الكفارة حراً كان أو عبداً». قال ابن الرفعة - في المطلب - وكذا قاله الغزالي قلت: والرافعي أيضاً.

قال ابن الرفعة: ويطرقه سؤال، فإنه يقتضي اعتبار التكليف - حالة الحنث - في إيجاب الكفارة، ولا نعلم خلافاً فيمن حلف على عبده لا يدخل الدار فجن الحالف ثم دخل العبد، أنه يحنث، كما لو قال لزوجته: إن دخلت الدار فأنت طالق فجن ثم دخلت، ثم لو كان ذلك معتبراً لكان مخالفاً لقوله - أول الباب - «إن سبب وجوب الكفارة اليمين» فإن السبب إذا وجد في حالة التكليف لا يقدح في العمل به وجود شرطه حال عدم التكليف.

والأصحاب حكوا قولين أو وجهين في أن الاعتبار في تعليق الطلاق والعتق بحالة التعليق - كما هو الصحيح - أو بحالة وجود الصفة، ولم يختلفوا فيما لو قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر فدخل في حال جنون السيد، أنه يعتق - كما ستعرفه في التدبير، وما نحن فيه مثله.

نعم [**يتجه**][1] ذلك على قول أبي حنيفة ـ الذي حكيناه وجهاً لبعض الأصحاب «أن السبب الحنث» فإذا وجد حال الجنون أمكن أن لا يؤثر، وكذلك إذا قلنا السبب اليمين والحنث.

والذي يظهر ـ أنا وإن قلنا بذلك ـ فلا أثر له أيضاً، لأن إيجاب الكفارة ـ على هذا ـ من باب الوضع والإجبار كغرامة المتلفات وأروش الجنايات» انتهى.

قاعدة: «من حلف على فعل نفسه حلف على البت، وإن حلف على فعل غيره فإن كان على إثبات فكذلك، وإن كان على نفي حلف على نفي العلم».

قال الرافعي: وقد يختصر فيقال: اليمين على البت إلا أن يحلف على نفي فعل غيره.

ويستثنى مسائل ليس منها شيء ـ عند التأمل ـ يستثنى، وإنما ذكرناها لما يقع في الذهن من كونها مستثناة.

منها: لو ادعى على رجل أن عبدك جنى علي بما يوجب كذا، فأنكر فالأصح يحلف على البت، لأن عبده ماله، وفعله كفعله.

ولو ادعى أن بهيمتك أتلفت لي زرعاً أو غيره ـ حيث يجب الضمان ـ فأنكر حلف على البت، لأنه لا ذمة لها والمالك لا يضمن بفعل البهيمة، بل بتقصيره في فعلها، وهو أمر يتعلق بفعل الحالف.

ومنها: لو نصب البائع وكيلاً ليقبض الثمن ويسلم المبيع فقال له المشتري: إن موكلك أذن لي في تسليم المبيع، وترك حق الحبس ـ وأنت تعلم ـ فأحد القولين: إنه يحلف على البت، واختاره أبو زيد، لأنه يثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع.

وأقواهما ـ عند النووي ـ أنه يحلف على نفي العلم جرياً على القاعدة.

ومنها: لو مات عن ابن ـ في الظاهر ـ فقال آخر: أنا أخوك والميراث بيننا فأنكر حلف على البت، لأن الأخوة رابطة بينهما، فهو حلف [**لنفسه**][2].

ولو طالب البائع بتسليم المبيع ـ فادعى حدوث عجز عنه وقال ـ للمشتري: أنت أعلم به، فأنكر، حلف على البت، لأنه يستبقي بيمينه وجوب تسليم المبيع إليه.

هكذا ذكر الصورتين ابن القاص ونازعه آخرون وقالوا: يحلف على نفي العلم وصححه النووي.

---

(١) في «ب» يتحدد.

(٢) في «ب» في نفسه.

ومنها: ادعى ـ على الوارث ـ ديناً على الميت، فأنكر الوارث العلم به، فأوجه.
أصحها: يحلف على نفي العلم جرياً على القاعدة.
والثاني: على البت، لأن الظاهر اطلاعه عليه.
والثالث: الفرق بين تعهده حاضراً أو غائباً.

ومنها: إذا علق طلاقها على كون الطائر غراباً، فادعت أنه كان غراباً وأنها طلقت، فعليه أن يحلف على البت، أنه لم يكن غراباً، ولا يكفي أن يقول: لا أعلم كونه غراباً أو نسيت الحال.

قال الرافعي: «ذكره الإمام، وفرق بينه وبين ما إذا علق طلاقها على دخولها ودخول غيرها، وأنكر حصوله حيث يكون الحلف على نفي العلم بالدخول بأن الدخول ـ هناك ـ فعل الغير [**والحلف على نفي فعل الغير**][1] يكون على [نفي][2] العلم، ونفي الغرابية ليس كذلك بل هو نفي صفة في الغير، ونفي الصفة كثبوتها في إمكان الاطلاع، وإذا كان الشيء مما يطلع عليه ـ في الجملة ـ [لم][3] تغير القاعدة بأن يفرض بعذر أو عسر.

ولم يحك الغزالي ـ في الوسيط ـ وجه الفرق بل ذكر الحلف ـ على البت ـ في مسألة الغراب، وعلى نفي العلم في مسألة الدخول ثم قال: «هكذا قال إمامي وليس يتبين لي فرق بينهما أصلاً، بل ينبغي أن يقال ـ عليه ـ يمين جازمة، أو نكول في المسألتين جميعاً.

ولم يحك الرافعي كلام الغزالي هذا كأنه اكتفى بما ذكره من الفرق.

وتكلم ابن أبي الدم ـ في كتاب أدب القضاء ـ على كلام الغزالي وقال: من العجب توجه بالعجز عن الفرق بين المسألتين، وعندي الفرق بينهما ظاهر جداً «وذكر ما حاصله، أن الدخول فعل الغير، فيحلف نافيه على نفي العلم، وكون الطائر غراباً ليس فعل الغير، بل هو تعليق على كون هذا الطائر المشاهد موصوفاً بصفة كونه غراباً وإذا لم يكن تعليقاً على فعل الغير، بل تحقق حقيقة كونه غراباً حلف على من نفى تلك الصفة الحقيقية على البت بأن هذه الصفة لم توجد قال: «ونظير قوله: إن كان هذا الطائر غراباً بعد مشاهدته والجهل بحقيقته تحقق دخول أحد

---

(١) سقط في «ب». (٢) سقط في «ب». (٣) سقط في «ب».

رجلين إلى الدار والجهل بعينه فيقول: إن كان هذا الرجل الكائن في الدار زيداً فأنت طالق، فنافى كونه زيداً ـ بخصوصه ـ يحلف على البت كنظيره في مسألة الغراب، ونظير مسألة الدخول من الغراب أن يعرف كون الواقف غراباً ثم يفقده ويجهل هل طار أو مات ـ وكان قد حلف على طيرانه ـ فالنافي لطيرانه هنا يحلف على نفي العلم «انتهى ملخصاً، [وهو حاصل ما ذكره الرافعي][1].

واعلم أن هذا الإمام الغزالي أجل قدراً من أن يخفى عليه مثل هذا الفرق والإمام أبو المعالي أرفع مقداراً من أن يفرق حيث لا فرق، والتمهل في النظر بين كلام هذين الحبرين أولى من المبادرة، وأرى أن . . . . . .[2].

قاعدة: قال ابن القاص تجب اليمين في كل حق لابن آدم إلا في أربعة مواضع.

قلت: ومراده أن من قبل قوله في شيء كان عليه اليمين إذا طلبت منه إلا في مسائل، ولعل تعبيره ـ بحق لابن آدم ـ أصح لما سنبينه.

ولنفتتح بالأربع التي ذكرها ابن القاص.

منها: القاضي إذا ادعى عليه ـ بعد العزل ـ الحكم بباطل، وادعى عليه بقيمة المتلف. فأنكر، فلا يمين عليه، قاله الشافعي رضي الله عنه أيضاً.

والشاهد إذا ادعى عليه أنه شهد زوراً. وادعى عليه قيمة المتلف ـ قاله ابن القاص تخريجاً.

ولو ادعى رجلان زوجية امرأة فأقرت لأحدهما ولم تحلف للآخر.

ولو ادعى عليه بشيء فقال: هو لولدي الصغير.

هذه الأربع التي ذكرها ابن القاص، وحكى في الثالثة والرابعة قولاً قديماً.

ومنها: لو قال: له عليّ شيء، ثم فسره بما لا يتمول ـ كقشر فستقة ـ فالصحيح يقبل قوله، ولكن بيمينه على القاعدة، ونص عليه الشافعي رضي الله عنه هنا وصرح به الشيخ الإمام، وحاول ابن الرفعة إثبات وجهين، ولم يتعرض الرافعي لذكر اليمين رأساً.

ومنها: لو اختلف البائع والمشتري في عيب لا يمكن القول بقدمه كجراحة طرية، وقد جرى البيع والقبض من سنة، فالقول قول البائع، في أنه حدث عنه عند المشتري بلا يمين.

---

(١) سقط في «أ» والمثبت من «ب». (٢) بياض بالأصل في أ، ب.

ولو كان مما لا يمكن حدوثه ـ كأصبع زائدة وقد جرى البيع أمس ـ فالقول قول المشتري في قدمه. كذا أطلقوه، وينبغي أن يكون بلا يمين على قياس الجراحة الطرية.

قلت: وكان عدم اليمين هنا، لأن التكليف بها عبث للعلم بمضمون الحال فكأنه لا حق للمدعي فيما ادعاه لا ظاهراً ولا احتمالاً، ومن هنا استحسن قول ابن القاص: «يجب اليمين في كل حق لابن آدم» فلا ينبغي أن يستثنى إلا [ما هو][1] خارج من حق، ولو في الظاهر». . . .

قاعدة: كل يمين قصد بها الدفع لا يستفاد بها الجلب «وقد يقال»: كل يمين كانت لدفع شيء [لا تكون][2] لإثبات غيره. وفي القاعدة مسائل:

منها: إذا ادعى العنين أو المولي الوطء وأنكرت المرأة فهو المصدق بيمينه فإذا طلقها ـ بعد ذلك ـ وقال: هذا طلاق بعد المسيس فإنكم صدقتموني أني وطئتها، وأراد الرجعة وهي على إنكار الوطء، قال ابن الحداد وأكثر الأصحاب. لا يمكن من الرجعة والقول قولها فإن يمينه في الوطء كانت لدفع الفسخ فلا يستجلب به الرجعة.

ومنها: إذا ادعى المودع تلف الوديعة عنده، وأنكر المودع التلف فصدقنا المودع بيمينه، ثم جاء آخر وأثبت الاستحقاق لنفسه وغرم المودع، فأراد «هو الرجوع على المودع وقال: قد صدقتموني في التلف عندي وهو الذي أوقعني في هذا الغرم، فإنا لا نمكنه من الرجوع، بل إذا حلف المودع على أن الوديعة لم تتلف عنده وهو خائن يستقر الضمان على المودع، ولا يلزم من تصديقه لدفع الضمان عن نفسه تصديقه لإثبات الغرم على غيره.

ومنها: لو وجدنا داراً في يد اثنين وادعى أحدهما أنها له والآخر أنها بينهما نصفين وصدقنا الثاني بيمينه، لأن اليد تشهد له. ثم باع مدعي الكل نصيبه من ثالث، فإن أراد الآخر أخذ بالشفعة وأنكر المشتري ملكه، فإنه يحتاج إلى البينة، ويمينه، في الخصومة مع الشريك، أفادت دفع ما يدعيه الشريك لا إثبات الملك له.

وقد جمع الرافعي هذه النظائر في باب الإيلاء وذكرها الشيخ أبو علي في شرح الفروع في باب الوكالة وزاد نظائر أخرى، ونحن نوردها فنقول:

ومنها: وكل رجلاً في البيع وقبض الثمن فادعى الوكيل الإقباض وأنكره الموكل صدق الوكيل بيمينه.

---

(١) سقط في «ب».

(٢) سقط في «ب».

ولو خرج المبيع بعد ذلك مستحقاً ورجع الوكيل على المشتري بالثمن لم يكن للوكيل أن يرجع على الموكل بنظير الثمن بناء على مالك الثمن لأن يمينه ـ تلك ـ كانت لدفع الغرم عنه فلا تصلح لشغل ذمة الموكل، بل القول ـ الآن ـ قول الموكل في عدم القبض مع يمينه.

وهذا الفرع من مولدات ابن الحداد، وقد فرع عليه ما ـ نذكره عقيبه.

ومنها: إذا قال المشتري: العيب قديم وقال البائع: حادث، فصدقنا البائع بيمينه ثم جرى بعده الفسخ بتحالف وأخذ البائع يطالب المشتري بأرش العيب الذي أثبت حدوثه بيمينه، لم يكن له، لأن يمينه صلحت للدفع فلا تصلح لشغل ذمة الغير، بل للمشتري الحلف بأنه ليس بحادث الآن لدفع الأرش.

هذا تمام ما ذكره الشيخ الإمام أبو علي، وهذان الفرعان ذكرهما ابن الحداد وكذلك الفرع الأول.

ومنها: قذف رجلاً فطالبه بحد القذف فطلب [القاذف][1] يمينه على نفي كونه زانياً فنكل ورد اليمين على القاذف فحلف القاذف أنه زنى اندفع عنه حد القذف ولم يجب على المقذوف حد الزنا سواء قلنا: يمين الرد كالإقرار أو كالبينة لأن اليمين كانت لدفع حد القذف عنه لا لإثبات الزنا على المقذوف.

ومنها: ما في الرافعي عن فتاوي البغوي من أنه لو تزوجها بشرط البكارة فوجدها ثيباً ثم اختلفا فقالت: كنت بكراً فافتضني وقال: بل كنت ثيباً، فالقول قولها بيمينها لدفع الفسخ وقوله لدفع كمال المهر.

ومنها: في مسألة الخياط الذي دفع إليه ثوباً ليخيطه فخاطه قباء وقال للمالك» كذا أمرتني، وقال المالك: بل أمرتك بقميص. إذا فرعنا أن القول قول الخياط فحلف فلا أرش عليه قطعاً ولا أجرة له على الأصح، وفي الوجه الآخر له الأجرة إتماماً لتصديقه.

فإن قلت: لكن قالوا ـ تفريعاً على المذهب وهو أن القول قول المالك «أنه إذا حلف لا تلزمه الأجرة ويلزم الخياط أرش النقص على المذهب وقضية ما ذكرتموه أن لا يلزم الخياط أرش النقص.

---

(١) زيادة يتم بها الكلام.

قلت: فرق الأصحاب بأن القطع يوجب الضمان ما لم يكن بإذن وهو غير موجب للأجرة إلا بإذن.

قاعدة: «كل ما جاز للإنسان أن يشهد به جاز له أن يحلف عليه ولا ينعكس».

قاله الجرجاني والروياني، واستدلا بأن [باب][1] اليمين أوسع إذ يحلف الفاسق والعبد ومن لا تقبل شهادته ثم لا يشهدون.

وفيه مسائل:

منها: إذا أخبره صادقان أن فلاناً قتل أباه أو غصب ماله جاز له أن يحلف ولا يشهد.

ومنها: لو رأى بخطه أن له ديناً على رجل أو أنه قضاه حقه فله الحلف إذا قوي عنده ولا يشهد.

قاعدة: «كل حر يقبل خبره تقبل شهادته».

قال الجرجاني: «إلا واحداً، وهو من أخرج القذف مخرج الشهادة ولم يتم العدد فإنه ترد شهادته ويقبل خبرهُ» وتبعه الروياني في كتاب الفروق وهو غريب لم أجده في غير كلامهما.

وقضية رد شهادته أنه يرد خبره أيضاً إلا أن يتوب. نعم المذهب أنه لا يشترط مدة الاستبراء ثم قولهما: «كل حر» إلى آخره لا ينتقض بالصبي، فإن الأصح أنه لا يقبل خبرهُ كما لا تقبل شهادته.

فصل

من الكلمات الدائرة ـ في الفقه والأصول ـ أن الجرح مقدم على التعديل.

لم يستثن أكثر الأصحاب من هذا إلا إذا قال المعدل: عرفت السبب الذي ذكره الجارح لكنه تاب منه وحسنت حالته. قالوا فتقدم بينة التعديل لأن معها زيادة علم، لكنهم، وإن لم يصرحوا باستثناء عين هذه الصورة، فقد صرحوا بمأخذ المسألة [التي][2] يدور معه حكم تقديم الجرح على التعديل والتعديل على الجرح فإنهم قالوا ـ على اختلاف طبقاتهم ـ: إن الجارح إنما قدم لما عنده من الزيادة على ما خفي على المعدل، وذلك لأن المعدل يبني على ما هو الأصل الظاهر من حال المسلم، والجارح اطلع على ما نسخ ذلك الأصل ونقل عنه.

---

(١) سقط في «أ» والمثبت من «ب».

(٢) في «ب» الذي.

وشبه ذلك جماعات ـ من متقدميهم القاضي الحسين ومن متأخريهم الرافعي ـ بما لو قامت بينة على الحق وبينة على الإبراء تقدم بينة الإبراء.

واستثنى القاضي الروياني ـ في البحر ـ من تقديم الجرح ـ مسألة زعم أنه لا يستثنى سواها [وهي][1] إذا جرحه اثنان في بلد ثم انتقل إلى بلد آخر وزكاه اثنان، أو جرحه اثنان في سنة ثم زكاه آخر في سنة فيقدم التعديل لزيادة العلم.

وهذه الصورة إن ضممتها إلى المسألة السابقة وجريت على ظواهر الفقه دون دقائقه بادرت إلى القول بأن الجرح مقدم إلا في مسألتين.

ثم لمانع أن يمنع كون الانتقال إلى بلد آخر يزيد علماً، بل إن حصلت زيادة فهي بالمدة التي تخللت بين بلدي الجرح والتعديل فيحتمل صلاح حاله بعدها.

ولم يكن غرضنا من ذكر هذه [الصورة][2] إلا تعريفك أن المأخذ هو الذي عليه المعول، وكذلك اعتقد الروياني، ولا بد أن يكون له قدوة في هذه المسألة أن مع التعديل في هذه المسألة زيادة علم قدم التعديل، فدل على أن الحكم دائر مع زيادة العلم.

وعند هذا نسمح بذكر ما اقتضاه النظر من تدقيق الفقه، فإن هذه المسألة مهمة كثيرة الوقوع ـ أعني تعارض الجرح والتعديل.

فأقول: فهما عن الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم واعتقاداً أنه الصواب وأسأل الله أن يحميني من الغلط فيه والوهم عليهم: لا يقدم إلا ما فيه زيادة علم فكل ما تضمن زيادة علم قدم ـ سواء الجرح والتعديل غير أنه لما كان الغالب على الجرح أنه ناقل وعلى التعديل أنه استصحاب أطلق القول بتقديم الجرح لذلك، ثم لم يطلق إطلاقاً بل أشير فيه إلى العلة التي يدور معها الحكم كما عرفت.

وصح باستثناء الصورتين اللتين نقلناهما. وليس الأمر مقصوراً عليهما، ولا قول المعدل: «عرفت السبب الذي ذكره الجارح لكنه تاب منه» بشرط، بل يكتفي المعدل أن يخصم قول الجارح بعد اطلاعه عليه بأن يقول: هو عدل ولا يقدح فيه قول هذا الجارح ويقبل هذا منه ويندفع به الجرح إذا كان ممن يعلم أن الجرح ـ عند الإطلاق ـ يقدم على التعديل ويحمل على واحد من أمور التوبة بما جرح به أو عداوة الجارح له

(١) في «ب» قال وهي.
(٢) سقط في «ب».

المانعة من قبول قوله عليه، أو اعتقاد أن الجارح واهم عليه أو كاذب وغير ذلك من الاحتمالات وهي كثيرة جداً.

والحاصل: أنه متى عرفنا أن المعدل لم يبن على الأصل بل على غيره قدمناه، فالدوران على الناقل وليس لخصوصية الجرح، ولا يستطيع أحد أن يقول ـ فيمن شهد بجرح زيد لكونه سكر في اليوم الفلاني بدمشق وعارضهما شاهدان بأنه في اليوم المذكور كان بمصر: أن بينة الجرح تقدم، وهذا أوضح من أن يخفى.

وهنا ثلاث مسائل يضطر الناس إليها:

أحدها: لو شهد شاهدان أن هذا الجارح شهد زوراً وكاذب فيما شهد به من الجرح، فالظاهر ـ عندي ـ أنه يكتفى بهذا ويندفع به الجرح، ولكن لا يتجرح به الجارح، وهذا توسط بين كلامين مطلقين لطائفتين من الأصحاب.

فإن قلت: فقد ذكر الرافعي ـ في جوامع أدب القضاء ـ أن شهادة الزور إنما تثبت بإقرار الشاهد، أو بيقين القاضي، بأن شهد أنه زنى بيوم كذا بالكوفة والقاضي رآه ذلك اليوم ببغداد، ولا يغني قيام البينة على أنه شهد زوراً، فقد تكون هذه البينة بينة زور.

قلت: هذا موافق لما قلت من أنه لا ينجرح به الجارح، ولم يقل الرافعي ولا أحد ـ فيما علمت ـ أن الجرح يستمر، ولا يلتفت إلى الشاهد بأن الجارح شاهد زور، بل نص الشافعي رضي الله عنه يدل على أنه تثبت شهادة الزور بالبينة، إذ قال رضي الله عنه: «وإذا علم من رجل ـ بإقراره أو بينة ـ أنه شهد عنده بزور عزره» وعليه جرى جماهير المتقدمين من الأصحاب، وهي الطائفة التي أشرنا إلى أن إطلاقها يقتضي الاكتفاء بقوله: هذا شاهد زور ويجرح به الجارح، وتبعهم صاحب البيان.

لكن قال القاضي الحسين [في تعليقه][1] في باب ما على القاضي في الخصوم والشهود «ولو شهد بأن ذينك الرجلين شهدا بالزور فالقاضي لا يسمع شهادتهما إلا أن يقولا يشهد أنهما أقرا أنهما شهدا بالزور».

وهذا القاضي رأس الطائفة التي قلنا: إن إطلاقها يقتضي رد هذا الكلام ولعل الرافعي جرى مع هذه الفرقة لكنهم لم يصرحوا بأن حكم الجرح يثبت معها وإنما أرادوا أن الشهادة لا تسمع لإثبات كون الشاهدين شهدا بالزور، ولعلها تحمل النص على ما إذا

---

(١) سقط في «أ» والمثبت من «ب».

شهدت البينة على إقراره بالتزوير كما ذكره القاضي الحسين. أو على بينة كشفت الحال كشفاً ولم تطلق القول إطلاقاً، وأما أنها لا تدرأ عن المشهود عليه ما شهد عليه به ـ ولا ينبغي أن يرتاب في ذلك.

الثانية: وهي مما يؤيد التوسط الذي قلناه ـ قول الأصحاب: «الجرح لا يقبل إلا مفسراً» يعنون لا يقبل لإثباته، وإلا فإذا أطلق الجارح جرحه ولم يبين السبب توقفنا لأجله ولم نحكم بمقابله.

صرح به النووي في شرح مسلم وغيره، وهو دليل على قولنا فيمن شهد أنه شاهد زور أنه يتوقف في شهادته لأجلها ولم نحكم بأنه شاهد زور.

ورأيت في الاشراف ـ للقاضي أبي سعد الهروي: «أن الشاهد إذا قال أنا مجروح قبل قوله وإن لم يفسر» فهذه تستثنى من قولهم: «لا يقبل الجرح إلا مفسراً، وفيها ـ عندي ـ وقفة».

الثالثة: ليس كل عدل يقبل قوله في الجرح، وإن فسره بل ينبغي التفحص في أمره والكشف عما لعله بينه وبين المشهود عليه من عداوة أو منافسة تحمل إما على شهادة الزور أو على الظن بمجرد السماع ـ مع حب أذى المشهود عليه ـ أو غير ذلك من الأغراض التي كثرت في هذا الزمان.

وقد تكلمنا في كتابنا الطبقات الكبرى في الطبقة الثانية في ترجمة أحمد بن صالح المصري[1] ـ على هذا كلاماً حسناً.

والحاصل: أن كلام النظير في النظير أو من يقاربه وكذا من ينتمي إلى النظير يجب التوقف فيه جداً إلى أن يتضح غاية الاتضاح. وقد قال شيخ الإسلام تقي الدين

---

(١) أحمد بن صالح المصري أبو جعفر الحافظ المعروف بابن الطبري، كان أبوه من أهل طبرستان، روى عن عبد الله بن وهب وعنبسة بن خالد وابن عيينة وعبد الرزاق وغيرهم، روى عنه البخاري وأبو داود والترمذي بواسطة، قال أبو نعيم ما قدم علينا أحد أعلم بحديث أهل الحجاز منه وقال أبو زرعة سألني أحمد من خلفت بمصر، قلت أحمد بن صالح فسر بذكره وكان جامعاً يعرف الفقه والحديث والنحو وقال العجلي ثقة صاحب سنة وقال أبو سعيد بن يونس ذكره النسائي فرماه وأساء الثناء عليه، وقال الخطيب احتج بأحمد جميع الأئمة إلا النسائي ويقال كان آفة أحمد الكبر ونال النسائي منه جفاء في مجلسه فذلك السبب الذي أفسد الحال بينهما، قال أبو سعيد بن يونس: ولد بمصر سنة ١٧٥، وقال البخاري توفي في ذي القعدة سنة ٢٤٨.

انظر: تهذيب التهذيب ١ / ٣٩ ـ ٤٠ ابن السبكي ٢ / ٦ وما بعدها.

ابن دقيق العيد[1] أعراض الناس حفرة من حفر النار وقف عليها طائفتان من الناس ـ المحدثون والحكام».

واشترط الوالد رحمه الله في العدل أن يكون بريئاً عن الأغراض بحيث لا يحمله الهوى. ومن أهم ما يتعين الاعتناء به أمور العقائد فلقد حملت كثيراً من الناس على الوقيعة في كثير منهم، فإن اختلافها أوجب العداوة بين أهلها، لتعصب أرباب كل عقيدة لها، وفي أرباب الأهواء من يرى الكذب لنصر مذهبه، فليتق الله حاكم نصبه الله بين المسلمين في طائفة هذه عقيدتها.

وقد شهد حاكم ـ من كبار من يخالف عقائد الأشعرية ـ على أشعري بقضية يضحك السفهاء منها ويكذبها من يسمعها، وسئل الحاكم ـ سراً ـ أتعتقد صحة هذا؟ فقال: لا، ولكنه أشعري ـ **[يتعصب على طائفتنا]**[2] ـ أردت أن أريح المسلمين منه.

وهذا الحاكم ـ بين تلك الطائفة ـ موصوف بالديانة، ومعنى الديانة ـ عندهم ـ التصلب في معتقدهم والتعصب له بأي طريق فرض من حق وباطل، وكل ما آل إلى نصره فهو حق عندهم، ولا مبالاة بسفك دماء المخالفين فضلاً عن أعراضهم وأموالهم.

والحاكم الغر إذا رأى أن المبتدع إذا لم يكفره تقبل شهادته على الأصح بين أن تقبل مطلقاً أو ترد مطلقاً على الخلاف.

وأنا أقول: محل التردد في شهادته على [أن][3] لا يتوسم فيه أن له عليه غرضاً، وذلك يختلف باختلاف المشهود به وعليه فليس المجسم أو الرافضي ـ مثلاً ـ إذا شهدا

---

(١) محمد بن علي بن وهب بن مطيع بن أبي الطاعة القشيري الشيخ الإمام شيخ الإسلام تقي الدين أبو الفتح ابن الشيخ القدوة العالم مجد الدين المنفلوطي المصري ابن دقيق العيد، ولد في شعبان سنة خمس وعشرين وستمائة تفقه على والده بقوص ثم على سلطان العلماء العز بن عبد السلام، قال الذهبي في معجمه وقال قاضي القضاة بالديار المصرية وشيخها وعالمها الإمام العلامة الحافظ القدوة الورع شيخ العصر، كان علامة في المذهبين (الشافعي والمالكي) عارفاً بالحديث وفنونه سارت بمصنفاته الركبان، وقال السبكي: لم ندرك أحداً من مشايخنا يختلف في أن ابن دقيق العيد هو العالم المبعوث على رأس السبعمائة، وأنه أستاذ زمانه علماً وديناً، توفي في صفر سنة اثنتين وسبعمائة. ابن قاضي شهبة ٢ / ٢٢٩ ـ مرآة الجنان ٤ / ٢٣٦ ـ النجوم الزاهرة ٨ / ٢٠٦ ـ البدر الطالع ٢ / ٢٢٩ ـ شذرات الذهب ٦ / ٥ ـ الطالع السعيد ٣٣٣.

(٢) سقط في «ب».

(٣) في «ب» من بدل أن.

بدرهم في ذمة بقال من عرض الخلق بمنزلتهما إذا شهدا على كبير من العلماء معروف بالرد على هاتين الطائفتين مثلاً . . . أنه شرب أو قذف[1] إذ لا يستريب مجرب في أن هذه الشهادة ـ منهما ـ مردودة .

فإن كانت الشهادة ـ في مثل هذا ـ لم تقبل جزماً، وليس هذا من تحري العدالة، بل هو رد لشهادة تحصل بمثلها الريبة .

ومن المهم أن أكثر المبتدعة لا يفحصون ببدعتهم ولا يتظاهرون، ولو واجههم الإنسان أكذبوه وعاداهم، ولكن الحاكم البصير لا يخفى عليه أهل العقائد فإن سيماهم في وجوههم .

فلا تحسب أني ـ إذا رددت شهادة المخالف في العقيدة على مخالفة بما يشينه ـ أتوقف على أن يثبت عندي عقيدة الشاهد فهذا عسر جداً، بل اكتفي بغلبة الظن التي أجدها من نفسي، ثم الله يطلع على ضميري إذ ذاك، وهو المسؤول في التوفيق والهداية .

ومتى شهد ـ مثلاً حنبلي المذهب على شافعي معروف بنصرة مذهب الأشعري بأمر يشتبه في دينه وأخذ الحاكم يتعلل ويقول من أين لي اختلافهما في العقيدة، وبتقديره من أين لي أنه تحمل عليه في الشهادة، وبتقديره فكيف ـ إذا رددته ـ أقبله في مكان آخر» . فهو أخرق بعيد عن شريعة الإسلام لا يصلح أن يكون حاكماً بين اثنين ـ بمجرد كونه حنبلياً يغلب على الظن مخالفته لعقيدة الأشاعرة ـ لكثرة ذلك في الحنابلة . ومجرد ذلك ـ مع ما يعهد من بعضهم ـ يغلب على الظن تحمله .

ولا يلزم ـ من ردنا قوله من ظننا تحمله عليه ـ أنا نخرجه بالكلية ونرده مطلقاً، بل ندفعه حيث نتهمه كما ندفع الشاهد بالتهمة .

قاعدة في تحقيق العدالة

اعلم أن بين التقوى والعدالة عموماً وخصوصاً .

والتقوى : أن يطاع الله ولا يعصى .

وحقيقتها : التحرز بطاعة الله من عقوبته .

وأصلها : اتقاء الشرك ثم اتقاء المعاصي ثم اتقاء الشبهات ثم اتقاء الفضلات .

---

(١) في «ب» زيادة مثلاً .

وقد يكون الصبي متقياً إذا وفقه الله، فليس من شرط التحرز عن العقوبة أن يكون الشخص بحيث يقع فيها، وقد يتحرز الأمن. ثم قد يكون المتقي عدلاً وقد لا يكون.

قال الشيخ الإمام: «لأن اتقاء المعاصي ـ كبيرها وصغيرها ـ هو التقوى، فإذا اتقى الكبائر ـ وكان عدلاً ـ لم يقدح فيه إتيان الصغيرة. ولكنها تقدح في تقواه، فهذا عدل غير متق.

وقد يتقي ولا يكون عدلاً إذا لم يكن ذا هيئة راسخة في النفس تحمل على ملازمة التقوى والمروءة.

قال الشيخ الإمام رحمه الله: «وكل من العدالة والتقوى قد تكون للصبي ـ وإن لم تقبل شهادته، فالبلوغ شرط في قبول قوله لا في عدالته».

فإن قلت: ما المرضي في حد العدالة؟ فإنكم عقدتم القاعدة له.

قلت: قد قيل: إنها هيئة راسخة تحمل على ملازمة التقوى والمروءة.

ونقضه الشيخ الإمام بأنه «إن أريد ـ بالتقوى ـ تقوى المعاصي دخلت الصغائر وخرج مرتكبها ـ وإن لم يصر على العدالة. وإن أريد مطلق التقوى دخل من اتقى الشرك وارتكب الكبائر في العدالة وكلاهما غير صحيح».

قال: إلا أن يقال: إن الصغائر لا تقدح في إطلاق اسم التقوى لعسر التحرز عنها وكون المؤمن لا يسلم من الذنب الفينة بعد الفينة.

ثم قال الشيخ الإمام: لا بد عندي في العدالة من وصف آخر لم يتعرضوا إليه، وهو الاعتدال عند انبعاث الأغراض حتى يملك نفسه عن اتباع هواه.

قال: فإن المتقي للكبائر والصغائر الملازم لطاعة الله وللمروءة قد يستمر على ذلك ما دام سالماً من الهوى، فإذا غلبه هواه خرج عن الاعتدال وانحل عصام التقوى. فقال ما يهواه، وإبقاء هذا الوصف هو المقصود من العدل، ـ كما يشير إليه قوله تعالى: ﴿وإذا قلتم فاعدلوا ولو كان ذا قربى﴾[1] وقوله تعالى: ﴿وكذلك جعلناكم أمة وسطاً لتكونوا شهداء على الناس﴾[2] فكم من صالح لا شك في صلاحه من عصمته أن لا يحد، . وفي نفسه أن لا يعصي، فإذا جرت عليه المقادير وغلب هواه قامت نفسه فانبعث منها ما لا يبقى معه صلاح.

---

(١) سورة الأنعام (١٥٢). (٢) سورة البقرة (١٤٣).

فلا بد أن يمتحن الصالح حتى يعرف حاله في الرضا والغضب وعند الأغراض فإذا استوى كلامه فهو العدل، وإلا، فليس بعدل وإن كان صالحاً قبل حصول ما يغيره.

فالعدالة: هيئة راسخة في النفس تحمل على الصدق في القول في الرضا والغضب، ويعرف ذلك باجتناب الكبائر، وعدم الإصرار على الصغائر، وملازمة المروءة والاعتدال عند انبعاث الأغراض حتى يملك نفسه عن اتباع هواه.

فقد رأيت من لا يقدم على ذنب فيما يعتقد ثم يستر هواه على عقله أعاذنا الله من ذلك».

انتهى كلام الشيخ الإمام بنصه.

وأقول: يشترط ـ مع ذلك ـ أن لا يكون متلبساً ـ حال الشهادة ـ بمعصية، وإن كانت صغيرة تغتفر إذا لم يكن متلبساً بها حال الشهادة.

وهذا لأن المعاصي ـ من حيث هي ـ منافية للعدالة، إلا أنا اغتفرنا الصغائر لقلة الصون عنها، ولا يقبل ذلك عند أداء الشهادة فلمنصب الشهادة أهبة تنافي المعاصي عنده.

وكان هذا للمحافظة على هذا المنصب، فإن من يتلبس بالمعصية حالة الشهادة كأنه لا مروءة له. وهذا الشرط قاله بعض أصحابنا بدليل.

مسائل:

منها: لو ادعى واحد على اثنين أنهما رهنا عنده عبدهما فزعم كل أنه لم يرهن نصيبه وأن شريكه رهن وشهد عليه، ففي قبول شهادته وجهان في الرافعي في باب الاختلاف في الرهن.

قال الشيخ أبو حامد لا تقبل لأن المدعي يزعم أن كل واحد منهما كاذب ظالم في الجحود وطعن المشهود له في الشاهد مانع من قبول شهادته، وقال الأكثرون تقبل لأنهما ربما نسيا وإن تعمدا فالكذبة الواحدة لا توجب الفسق كذا علله الرافعي واحتمال النسيان معنى صحيح وأما قوله. لأن الكذبة الواحدة لا توجب الفسق فيقال له: هب أنها لا توجب فسقاً لكنها توجب رد الشهادة لكونها معصية وقت الشهادة كما عرفت على أن صاحب البحر جزم في باب من تجوز شهادته ومن لا تجوز بأنه لو كذب عن قصد ردت شهادته وإن لم يكن فيها بقوله ضرر. . قيل: أو بهتان.

قال: لأن الكذب حرام بكل حال كان.

وقال القفال: إلا أن يقول ذلك على مذهب الكتاب والشعراء في المبالغة في الكلام.

ومنها قال: القاضي الحسين في كتاب الطهارة في الأواني إذا جلس شهود النكاح على حرير لم ينعقد النكاح بهم فقيل لأنهم فسقة واعترض بأنهم لا يفسقون به لأنه ليس بكبيرة والأشبه أن يعلل بأنهم حال الشهادة ظهر منهم ما يضعف الوثوق بهم وعلى هذا لا تقبل شهادة الشاهد برشد لابس الحرير إذ حاله يقتضي أنه ليس برشيد فليتجنب عن ذلك كله.

تنبيه: إذا تم هذا الشرط وهو عدم التلبس بالمعصية حال أداء الشهادة فقد يقال إنه داخل في عدم المروءة وليس بشرط جديد.

تنبيه: قد يستأنس بهذا الشرط بقوله ﷺ: «لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن» فجعل لحالة الزنى رفعاً ليس لها عند الانفصال وأوضح هذا في حديث آخر فقال ﷺ. . .[1] الحديث.

فصل

إذا عرفت هذا علمت أن المعصية حال وقوعها من الفحش والوقع ما ليس لها عند الانفصال عنها ومن ثم يجيء الشرط الذي ذكرناه ولأجله أيضاً مسائل.

منها: أن الكافر إذا صال يجب دفعه ولا يجوز الاستسلام له ولو كان ذمياً.

قال الإمام: في الذمي الوجه القطع بذلك لأنه بصياله ناقد لعهده. فإن قلت أليس من الأصحاب من يقول الذمة لا تنتقض بالقيل قلنا: ذاك وجه ضعيف ثم لا حرمة بالذمة حال القتال والصيال انتهى. ففي قوله لا حرمة للذمة حالة القتال ما ينبيء عن شدة رفع المعصية حال وقوعها.

ومنها: لو وجد رجلاً يزني بامرأته جاز له التعجيل بقتله، وقد قدمنا المسألة في القواعد المطلقة عن الخاوي والبحر وغرضنا منها أن صاحبي الحاوي والبحر قالا يجوز التغليظ حال وقوع المعصية.

انتهى الجزء الأول ويليه الجزء الثاني وأوله:

أصول كلامية ينبني عليها فروع فقهية

---

(١) بياض في الأصل «ب».

فهرس الموضوعات
الجزء الأول